

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ

CASUISMO Y JURISPRUDENCIA ROMANA

Madrid, 2012



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. EL DERECHO ROMANO COMO OBJETO DEL PROCESO DE ENSEÑANZA APRENDIZAJE.....	6
3. EL DERECHO ROMANO EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA.....	12
4. CASUISMO Y JURISPRUDENCIA ROMANA. EL MÉTODO DEL CASO Y SU ADECUACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO RO- MANO	16
5.- MÉTODO DEL CASO Y APRENDIZAJE COOPERATIVO.....	19
6.- PRÁCTICA JURÍDICA PLANTEADA DESDE EL DERECHO ROMANO Y EL ORDENAMIENTO ACTUAL.....	20
6.1.- Posesión y Derechos reales.....	21
I. La partida de caza.....	22
II. Siembra y construcción en fundo ajeno.....	28
III. El tesoro.....	32
IV. Ampliación de negocio.....	38
V. La lana y la leche de las ovejas robadas.....	39
VI. El usufructo del huerto de Livia.....	41
VII. Un caso de usucapión.....	44
VIII. Los vinos que se mezclaron.....	47
IX. Devolución de gastos.....	49
X. Servidumbre de agua sobre tres fundos contiguos...	51
XI. Servidumbres urbanas.....	54
XII. Pluralidad de hipotecas.....	56
XIII. El colono y los aperos y el ganado.....	58
6.2.- Obligaciones y contratos.....	60
XIV. Compraventa en el mercado.....	61
XV. Gastos en cosa ajena.....	68
XVI La biblioteca que no se entregó.....	72
XVII Animus furandi.....	76
XVIII. Damnum iniuria datum.....	78
XIX. Delito de lesiones.....	80

XX. El depósito del ladrón.....	82
XXI. El préstamo de Marco.....	85
XXII. El préstamo con encargo de pagar un impuesto..	87
XXIII. Mutuo y comodato.....	88
XXIV. Depósito y mutuo.....	91
XXV. Compraventa y transmisión de la propiedad.....	94
XXVI. El ebanista.....	96
XXVII. El tintorero.....	97
XXVIII. Mandato de prestar dinero a un tercero.....	99
XXIX. El cambio de bueyes.....	100
 6.3.- Derecho sucesorio.....	 102
XXX. Causa Curiana.....	103
XXXI. Legado de opción.....	107
XXXII. Preterición.....	108
XXXIII Fideicomiso al hijo.....	111
 6.4. Lista de acciones y excepciones.....	 112

1.- Introducción

En la técnica de elaboración casuista perfeccionada por los juristas romanos, encontramos planteados y satisfactoriamente resueltos una serie de problemas reales que siguen planteándose en la actualidad. Estas respuestas al estar profundamente arraigados en la realidad para la que nacieron se han demostrado válidas y actuales a lo largo de los siglos, al punto que juristas de todas las épocas han acudido a los textos del Derecho romano como una especie de “supermercado legal” en la búsqueda de soluciones y han encontrado lo que necesitaban en cada momento¹.

En esta obra se presentan una selección de supuestos de hecho que, en ocasiones, se han extraído de la variada y rica casuística de la jurisprudencia clásica recogida en el Digesto, y en otras, se han elaborado para posibilitar el planteamiento, en un mismo caso, de múltiples problemas jurídicos. Los casos se ordenan en tres secciones distintas (A.- Posesión y derechos reales, B.- Obligaciones y contratos y C.- Derecho hereditario) realizada en atención a la principal cuestión discutida en el supuesto, lo que no quiere decir que haya otras cuestiones interrelacionadas, pertenecientes a otras *sedes materiae*.

Inmediatamente después del planteamiento de cada supuesto de hecho se transcriben una serie de textos, pasajes de los juristas clásicos, en los que se ofrece la argumentación jurídica y la solución al caso concreto y se hace referencia, también, a los artículos del Código civil que serían de aplicación en cada supuesto². Es importante llamar la atención sobre la permanencia de las instituciones y principios de Derecho romano en los

¹ Peter STEIN, *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, tr. César Hornero y Armando Romanos, Madrid, 2001, p.3.

² En este sentido, sabemos que la terminología jurídica que hoy utilizamos se acuña por los juristas romanos y gran parte de nuestras instituciones jurídico-privadas encuentran su raíz en los esquemas trazados hace siglos por la labor jurisprudencial. Como tiene escrito FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A- (*“Derecho Público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje”*, Madrid, Ed. Civitas, 8ª edic., 2005, en nuestro actual ordenamiento jurídico, de base predominantemente romanista, la vigencia indirecta del Derecho Romano se manifiesta a través de la vigencia de los principios generales del Derecho... Las *regulae iuris* elaboradas por la jurisprudencia clásica (D.50.17.) se han transformado, en muchas ocasiones, en principios generales del Derecho aplicables por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resistiendo el devenir de los tiempos y atravesando todo tipo de vicisitudes hasta llegar intactas a nuestros días.

ordenamientos jurídicos modernos, por ello, se facilitan, además de los textos jurisprudenciales romanos, aquellos artículos del Código civil o de otras leyes especiales [Ley de Asociaciones³ o la Ley de Fundaciones⁴ en relación con la constitución y funcionamiento de las personas jurídicas, Ley de Caza⁵ en relación con los casos de adquisición de la propiedad por ocupación de las *res nullius*, Ley de protección del patrimonio histórico español⁶, en relación con la adquisición del tesoro (actualmente, ocupación), etc] que pudieran tener aplicación en la resolución del problema jurídico que se plantea. No se trata de resolver el caso práctico desde la perspectiva del ordenamiento jurídico vigente pues, para ello, sería precisa la concurrencia de un especialista. Se trata sólo de un acercamiento para que el estudiante pueda tener una idea aproximada de aquello que, al profundizar en cursos superiores, podrá encontrar.

La proximidad de los supuestos planteados y de las soluciones les desvelará de forma diáfana nuestra condición de herederos de la cultura greco-latina. En este caso, no debe preocuparnos el riesgo de caer en un excesivo dogmatismo, pues a través de la argumentación y razonamiento lógico-jurídico se pueden llegar a dos o más soluciones justas, por ello, las diversas decisiones de la jurisprudencia, sus controversias doctrinales y opiniones, son la mejor escuela contra la existencia de “dogmas” en una práctica tan compleja como es la del Derecho⁷.

Finalmente, en las últimas páginas, se recogen una lista de remedios pretorios procesales -acciones y excepciones- y extraprocesales, que no pretende ser exhaustiva sino que únicamente tiene la finalidad de facilitar al lector una definición de las acciones que, más frecuentemente se utilizan en la resolución de los casos concretos. En este repertorio final

³ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2002)

⁴ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2002)

⁵ Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (BOE núm. 82, de 6 de abril de 1970).

⁶ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE, núm. 55, de 29 de julio de 1985).

⁷ Vid. Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “*Sistema contractual romano*”, Madrid, Ed. Dykinson, 2004. En este sentido -afirma GARCÍA GARRIDO, M.J. [“*Responsa... cit*”, p.16.] - que *una de las más sabias enseñanzas del “ars prudentium” es, en efecto, la de seguir de cerca las circunstancias y matices del caso adecuando siempre, a la realidad cambiante, las normas jurídicas y huyendo del dogmatismo excesivo que más que servir a las realidades humanas las deforma y falsifica.*

se recogen por orden alfabético los distintos remedios jurídicos indicando la legitimación, tanto activa como pasiva, la definición del derecho subjetivo que se protege por medio de la acción y los efectos, que ésta produce, si llega a prosperar y es que el derecho romano clásico es –como acertadamente afirma D´ORS- un sistema de acciones, más que un sistema de derechos subjetivos, porque el derecho subjetivo sólo encuentra protección si, para el caso concreto, existe una acción reconocida y regulada por el ordenamiento.

Esta última afirmación no debe llevarnos a pensar en un sistema inmovilista, con un número cerrado de acciones, más bien al contrario. El pretor a través de su Edicto es el encargado de ampliar las acciones reconocidas por el antiguo *ius civile*, bien sea recogiendo una serie de acciones pretorias al comienzo del año de mandato o bien sea a través de un edicto repentino que emitía en cualquier momento del año si la cuestión que se le planteaba le parecía digna de protección, justa y de equidad. De todos modos, esta “tipicidad” de la acción se va flexibilizando en todos los ámbitos, pero donde quizá quede patente con más claridad es en materia contractual: así, a través del reconocimiento por parte del pretor de los llamados contratos consensuales, cuyo origen está en el derecho de gentes, y de la protección paulatina del mero acuerdo o pacto con fin lícito a través de la figura general de los contratos innominados y de los llamados pactos vestidos.

2.- El Derecho Romano como objeto del proceso de enseñanza-aprendizaje

En primer lugar, considero necesario detenerme en el concepto de Derecho romano que orienta la tarea docente e investigadora del profesor universitario y, ello, no sólo porque la expresión *Derecho Romano* ha sido utilizada con distintas acepciones sino porque nuestra materia adquiere un nuevo valor en la formación de un derecho civil para toda Europa ante la apuesta decidida por un derecho común europeo como línea prioritaria de investigación.

Tradicionalmente se ha venido considerando al Derecho Romano como el conjunto de la experiencia jurídica de la comunidad política

romana a lo largo de su existencia, es decir, en la acepción denominada por ORESTANO⁸ como *Derecho romano histórico*, sin embargo pueden identificarse otros significados para esta expresión como, a) *tradición romanística*, es decir, entendido el Derecho Romano como desarrollo ulterior de la historia jurídica europea; b) *Ius commune europeo* como formación jurídica europea producto de la recepción; c) El llamado -por el autor- *derecho romano actual*, aludiendo con esta expresión a la Pandectística alemana del s.XIX, creadora de un sistema de derecho civil integrado por conceptos jurídicos lógicamente deducibles y ordenados jerárquicamente entre sí por su mayor o menor amplitud, y todo ello a partir de la contemplación de la *ratio scripta* comprendida en las fuentes del Derecho romano, fundamentalmente justiniano y d) romanística, es decir, el estudio de carácter histórico y, por tanto, puramente científico que del Derecho Romano se ha venido haciendo desde que, a finales del s. XIX, se retomó en Alemania la crítica interpolacionista.

De todas estas posibles significaciones, la doctrina ha venido indicando que la primera y fundamental, la única verdaderamente propia del mismo, es la que lo considera como *Derecho romano histórico* cuyo objeto específico es el conocimiento histórico de las instituciones jurídicas romanas en su unidad sistemática⁹. Sin embargo, en este momento en el que se habla de la unificación del Derecho privado, ya sea a nivel global¹⁰ o regional¹¹, nuestra investigación debe ampliarse hacia el campo de la recepción de los principios e instituciones romanas. La propia normativa parece imponerlo¹² pues –como se recordará– una de las novedades introducidas por la legislación universitaria española en relación con nuestra materia fue el cambio de descriptor de la asignatura, de *Historia e*

⁸ ORESTANO señala todavía una noción más del término: Derecho romano como romanismo en un sentido ideológico en el que intervienen elementos extraños al discurso científico. Vid. Ricardo ORESTANO, s.v. *Diritto Romano*, *NNDI*, 5, Torino, 1968, p. 1024 y ss., vid. también, ID., *Il Diritto Romano nella scienza del diritto: Incontri e Scontri*, Boligna, 1981 ID., *Introduzione allo studio del Diritto Romano*, Bologna, 1987, p. 175 y ss.; ID., *Il Diritto Romano nella scienza del diritto: Incontri e Scontri*, Bologna, 1981.

⁹ Juan IGLESIAS, “Sentido histórico del Derecho Romano”, *Studi in onore B. BIONDI*, II, Milano (1963) pp. 573 y ss; Armando TORRENT, *Derecho Publico romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, p. 11

¹⁰ Vid. Los *Restatements of Law* del *American Law Institute* o los Principios de los contratos comerciales internacionales o UNIDROIT, elaborados por el *Internacional Institute for Unification of Private Law*

¹¹ El *Contract European Code*, CEC, o los *Principles of European Contract Law*, en PECL

¹² Vid. RD 1424/1990, en el que se establecía las *directrices generales propias de los planes de estudio conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho*.

instituciones de Derecho Romano al Derecho en Roma y su recepción en Europa.

Las cosas han cambiado significativamente desde que el Parlamento europeo invitó a través de sendas resoluciones¹³ a la realización de un *Código europeo común de Derecho privado*. Tras las últimas comunicaciones de la Comisión europea sobre Derecho privado europeo¹⁴ se ha limitado el objetivo al Derecho de contratos y se hacen propuestas más modestas de redacción de instrumentos no vinculantes o de *soft law*. En esta línea, la Resolución del Parlamento europeo, de 15 de noviembre de 2005, *sobre derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro* (2005/2002(INI)) recogía el objetivo de elaborar un Marco Común de Referencia (*Common Frame of Reference*) que habría de recoger principios generales, definiciones y reglas que deberían presentarse en forma de principios, los llamados CoPecI (*Principios comunes de Derecho contractual europeo*). Este instrumento, que centra ahora estudios y comentarios doctrinales, fue publicado en 2008 y se enmarca en la línea del denominado *soft law*, llamado a implantarse no como Derecho imperativo sino como sistema de normas susceptible de ser elegido por las partes como Derecho aplicable¹⁵. En este contexto, la Comisión Europea presentó el pasado día 11 de octubre la Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo, relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Proposal for a Regulation of the*

¹³ Resolución del Parlamento europeo de 26 de mayo de 1989, publicado en el DOCE C 158 pp. 400-401, y de 6 de mayo de 1994, DOCE C 205, p. 518.

¹⁴ La de 11 de julio de 2001, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre *Derecho contractual europeo*, COM (2001) 398 final en DOCE, C. 255 de 13-9-2001. La de 12 de febrero de 2003, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre un *Derecho contractual más coherente: Plan de acción* COM (2003) 68 final en DOCE, C 246 p.1 y la de 11 de Octubre de 2004, sobre *un Derecho contractual más coherente: Plan de acción* COM (2003) 68. Vid. también, Resolución de 4 de septiembre de 2007 sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo ([2007/2028\(INI\)](#)); Resolución de 4 de septiembre de 2007 sobre "Legislar mejor" en la Unión Europea, (2007/2095(INI)); Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007 titulado "Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia" (COM(2007)0447); Resolución del Parlamento europeo de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (DO C 295 E de 4.12.2009, p.31).

¹⁵ Más recientemente, se publicó una Comunicación de la Comisión Europea [COM 2010 (2020)], "A strategy for smart, sustainable and inclusive growth" (03-03-2010) en la que se recoge como objetivo el de facilitar y abaratar los contratos que las empresas y consumidores concluyan con terceros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo, modelos de cláusulas contractuales aplicables en todo la UE que nos permitirá avanzar hacia una Ley Europea de Contratos (European Contract Law) como instrumento opcional.

European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, en adelante CELS) [Bruselas, 11-10-2011 COM (2011) 635 final]. Esta normativa será de aplicación a los contratos transfronterizos previo acuerdo expreso de las partes. La propuesta prevé un derecho contractual opcional que se pone a disposición de las partes contratantes, ya sean empresas o contratos celebrados entre una empresa y un consumidor, como alternativa a los Derecho nacionales. En este último ámbito, el de los consumidores, se promulgado recientemente una nueva Directiva sobre los Derechos de los consumidores, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 (DOUE, 22-11-2011) (por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo), que armoniza plenamente los siguientes ámbitos: la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores y el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, así como determinados aspectos relativos a la entrega de los bienes y la transmisión del riesgo. Desde la esfera del Derecho internacional privado, tampoco podemos olvidar que la UE ha adoptado diversos instrumentos sobre la elección de la ley aplicable, en concreto el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)¹⁶ y, por lo que se refiere a las obligaciones de información precontractual, el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)¹⁷. El primero de estos instrumentos establece las reglas para determinar la ley aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales y, el segundo, en el campo de las obligaciones extrancontractuales incluidas las relativas a las declaraciones precontractuales.

Abandonada hoy la idea de la elaboración a corto plazo de un código civil para Europa, no hay duda de que la tradición europea del Derecho romano adquiere fuerza renovada. Las distintas propuestas pasan por la

¹⁶ DO L 177 DE 04-07-2008, p. 6

¹⁷ DO L 199 DE 31-07-2007. p.40

labor previa de comprensión de las diversas variedades jurídicas nacionales a partir de su nexo histórico común¹⁸. Los estudios de Derecho comparado sobre la normativa de los distintos Estados miembros para detectar lo común, lo diferente y lo posible remite invariablemente a la tradición común enraizada en el Derecho romano¹⁹ y además, en la Europa unificada, hay más tendencia a recurrir al antiguo *ius commune* como derecho subsidiario en las *rationes decidendi* de las resoluciones de los tribunales de la Unión Europea²⁰.

El proceso de reeuropeización se está promoviendo a nivel académico, pero también a nivel normativo y jurisprudencial. La universidad está claramente implicada en ello y nuestra disciplina lo está por esencia. No debemos olvidar que, el Derecho Romano se hace universal²¹ a través del fenómeno cultural de la recepción como fundamento de los ordenamientos jurídicos Europeos a través de las codificaciones del s. XVIII y XIX (también en el Código civil español, por influencia del Código civil francés, conformado fundamentalmente por instituciones de base romana y, en menor medida, por elementos de origen germánico) que influyeron, a su vez, en países no europeos en los que no pudo producirse una recepción directa del Derecho Romano²². Esta idea implica al romanista en el complejo y largo camino de la armonización no sólo como docente, en la formación del futuro jurista europeo²³, sino también como investigador.

¹⁸ Reinhard ZIMMERMANN, “*Estudios de Derecho privado... cit.*”, p. 61. Y afirma que, ante las propuestas de unificación europea es necesario formar iusprivatistas, que no vean como extraños los demás ordenamientos nacionales, con conocimientos sobre derecho civil y comparado, derecho procesal y desde luego historia y Derecho Romano.

¹⁹ Rolf KNÜTEL, “Derecho Romano y codificación del Derecho Civil”, *RDP*, 1995, pp. 71-72

²⁰ Vid. Francisco Javier CASINOS MORA, “¿De Bolonia a Bruselas? El derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. Notas críticas”, *Derecho patrimonial europeo*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2003, pp. 75-76. En este sentido, Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN [Aportación del derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión europea”, *SDHI*, 64 (1998), pp. 532 y ss.] afirma que el Derecho romano ha sido considerado tácitamente una fuente del Derecho comunitario, pues el TJCE ha recurrido en innumerables ocasiones a los principios generales del Derecho, los cuales hunden sus raíces en Derecho Romano.

²¹ Perspectiva de universalidad que podemos ver destacada por Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955, tr. J. Santa Cruz Teijeiro, p. 486

²² En este sentido afirma Rafael DOMINGO que es *misión del ius Romanorum, en este siglo, servir de puente entre los distintos sistemas jurídicos del mundo...* DOMINGO, R., *Ex Roma ius, Serie: The Global Law Colection*, Madrid, Ed. Aranzadi, 2005.

²³ La realidad del derecho europeo como un “sistema de niveles”- en palabra de Joerges- en el que se colocan normas nacionales, comunitarias y de derecho internacional privado y

De este modo, la consideración histórica del Derecho romano impone su estudio desde aquél período histórico en que nació y se desarrolló a través de la exégesis de los textos y el análisis de las opiniones doctrinales, pero también, más allá de ese orden temporal. El Derecho Romano no sólo es un elemento básico para el conocimiento del propio Derecho europeo sino también fundamento y reserva de concepciones y esquemas jurídicos comunes²⁴. El romanista debe considerar también la evolución de aquéllas instituciones de origen romano en los siglos que separan aquel ordenamiento de nuestro tiempo para ser un instrumento al servicio de la búsqueda de los rasgos comunes y, por consiguiente, capaz de ofrecer resultados útiles a los *iusprivatistas*²⁵.

En la medida en que el profesor investigue conforme a esta nueva metodología, ha de ir cualificándose también para transmitir a sus alumnos las líneas básicas de lo aprehendido o descubierto con el previo esfuerzo de estudio. Igualmente, conforme se vayan desarrollando más trabajos en este sentido, se facilitará al profesor el poder ampliar –a los diversos aspectos de la asignatura– este método docente. Un ejemplo me permitirá explicar la propuesta para la docencia en el Grado: al introducir el tema relativa a la transmisión de la propiedad, se les puede transmitir de forma sintética los tres sistemas europeos básicos, el francés, que adopta un sistema consensual de transmisión del dominio (*solo consensu*), el alemán, a través del contrato real abstracto (no es necesaria la causa, basta con la mera voluntad de transmitir y adquirir de las partes) y, el español y el de otros países de nuestro entorno, donde se mantiene la misma *teoría romana del título y el modo* (la transmisión requiere causa justificativa de la entrega, título, y entrega, modo). Todos ellos tienen, de una forma u otra, un origen romano. Bastará una breve referencia en clase para que el estudiante de Grado sea consciente de la diferencia y, a la vez,

conflictual hace necesario la formación de *iusprivatistas* con conocimientos sobre Derecho civil, procesal, internacional privado y, por supuesto, Derecho romano.

²⁴ Así por ejemplo, el sistema de transmisión a través de el título y el modo -vigente en nuestro ordenamiento (art. 609 y 1095 del Cc.)- es producto de la revisión y reelaboración dogmática por parte de la jurisprudencia medieval del sistema de transmisión causal a través de entrega, tal y como lo concibieron los juristas romanos. La teoría del título y el modo supuso una explicación científica de un fenómeno jurídico sin que, ello, implicara la alteración del fenómeno mismo,

²⁵ Prólogo de VAQUER ALOY, a la traducción de la obra de ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado... cit.*, p. 13

de la proximidad, entre los sistemas. La actual estructura de los nuevos estudios dividida en dos niveles, apunta al Posgrado como nivel más adecuado para la profundización de estos estudios de Derecho comparado, pero sin que el Grado quede exento de una primera aproximación.

3.- El Derecho Romano en la formación del Jurista²⁶.

Plantearnos cuál es el valor de los estudios histórico-jurídicos en la actualidad, implica *preguntarnos qué tipo de profesional queremos formar*²⁷. El jurista debe tener un conocimiento suficiente de derecho positivo, pero las normas y su interpretación cambian y actualmente vivimos un período en que hay una ingente producción legislativa y una gran dispersión normativa²⁸ siendo frecuente que una institución esté regulada en distintos cuerpos legales. Por este motivo, es muy importante fomentar la aptitud y la capacidad para apreciar el cambio. El jurista –dice Latorre²⁹- ha de ir más allá de *aprender* el derecho, debe descender un segundo peldaño en su actividad intelectual *comprendiendo* el Derecho, lo que exige agudizar su sensibilidad histórica o, lo que es igual, su aptitud y capacidad para apreciar el cambio.

²⁶ Sobre este tema, Vid. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* (Universidad Carlos III, nº. 9 (2006), donde se recogen las ponencias del *Seminario Internacional sobre “El papel de la historia en la formación del jurista europeo”*, celebrado en la Universidad Carlos III, los días 22 y 23 de Junio de 2006.

²⁷ En este sentido, afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., [“Clasicidad... cit”, p. 54.], *si pretendemos que la Facultad de Derecho no se convierta en una Facultad de Leyes debemos ser conscientes de que el jurista no puede formarse exclusivamente en el estudio de las normas de Derecho vigente. Una formación basada únicamente en el conocimiento del repertorio vigente en nuestra patria podría, en el mejor de los casos, dar por resultado una información que podríamos denominar técnica, es decir, de hallazgo práctico, inmediato, de solución según el Derecho en vigor aquí y ahora. Así, podría lograrse una figura de experto en Derecho vigente, una especie de técnico en el acervo de normas aplicables, que no distaría mucho de la vilipendiada imagen del leguleyo.*

²⁸ En este sentido, se observa un afán normativo por parte de las Comunidades Autónomas - que como afirman ROCAFORT, A y FONT, J.F.- *por ser neófitas o para reafirmar su existencia, insisten en regular hasta los más mínimos aspectos de nuestra vida y no se recatan en hacer declaraciones de principios rimbombantes y normalmente inútiles... imposible estar al día de la efervescencia leguleyo de nuestros gobiernos y parlamentos* (en “*In pessima republica, plurimae leges*”, *Revista de la L’Escola Universitària de la Universitat de Barcelona*, nº. 27, 2002.)

²⁹ Ángel LATORRE [*Valor actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977, p. 18 y ss.] continúa diciendo que *Tal “comprender” posibilita la “interpretación” y el acceso a un tercer plano, la “crítica” del Derecho, lo que, en su caso, conducirá al jurista a promover –al menos, sugerir- su “reforma” y, así, aunque en el mundo moderno el jurista, a diferencia del romano, no “crea” derecho, sí puede y debe intervenir en su creación.*

Si el Derecho es, más que lógica, sobre todo una experiencia histórica constituye un buen sistema pedagógico el observar el devenir histórico del ordenamiento jurídico romano, se adquiere el sentido de la relatividad y se aprende, por otra parte, cuánto hay en él de instancias y medios técnicos permanentes, superando la impresión de arbitrariedad y artificio, que procura el examen estático del Derecho vigente³⁰. Tener la ocasión de observar un ordenamiento jurídico completo a lo largo de su evolución facilita al futuro jurista, desde el inicio de su formación, la comprensión de que el Derecho no es estático, inmutable o arbitrario, sino que es contingente, que se adapta a las exigencias de la vida social y económica.

Nuestros estudiantes tienen derecho a buscar en el estudio del Derecho Romano una utilidad verdadera como futuros profesionales del Derecho, y es deber del profesor el saber cumplir con esta necesidad explicando, al estudiante Derecho romano, la permanencia de aquéllas instituciones y principios en nuestro ordenamiento y en los ordenamientos extranjeros³¹. Personalmente, intento transmitir a mis estudiantes la permanencia de estas instituciones y principios en la actualidad³². Un ejemplo ilustrará cuanto digo: la explicación de la vigencia en nuestro Derecho de la regla romana *periculum est emptoris*, a menudo sorprende

³⁰ Vid. MIQUEL, J., *Curso de Derecho romano...* cit. p. 15. (citando a PUGLIESE); Armando TORRENT, *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Madrid, Edisofer, 1995, p. 9.

³¹ En sentido parecido afirma ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ cuando afirma *que siempre que ello sea posible tanto en las lecciones teóricas como en la resolución de las cuestiones prácticas, se debería llamar la atención sobre el paralelismo e identidad de muchos de los institutos romanos con aquéllos que se contemplan en nuestro Derecho positivo. Si así actuamos, esa importancia a que hemos aludido, esa utilidad que pregonamos se volverá más tangible, y aparecerá menos ideal e ilusoria*". En el sentido en que afirma IGLESIAS, que los prototipos, bases arquitectónicas y principios fundamentales del Derecho Romano tienen todavía hoy validez y nuestra misión es explicárselo a los alumnos

³² No se trata de ceder a la "Aktualisierung" del Derecho romano que propugnaba KOSHACKER en la interpretación de las leyes vigentes y contra el que advertía PUGLIESE [*Diritto Romano e scienza del diritto*, Annali Macerata, 15, 1941, p. 8-10] diciendo que la aparente utilidad inmediata de semejante propuesta terminaría, sin embargo, en un futuro no necesariamente lejano por despojar al romanismo de su propia identidad casi hasta hacerlo desaparecer. En el mismo sentido, GUARINO [en su Conferencia "Letrera in una botiglia" de apertura del 52ème Session de la Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, entre el 28 de septiembre y el 1 de Octubre de 1998)]. se opone a la actualización del Derecho Romano propuesta por el romanista alemán, pero alerta sobre la necesidad de actualizar el lenguaje y los contenidos de la docencia del Derecho Romano para llegar así al espíritu y las mentes de unas generaciones de estudiantes que han asumido y hecho propia, por ejemplo, toda la revolución de la informática y que miran decididos al futuro para hacer frente a los retos del siglo XXI y que ya no conectan con referentes culturales de hace unas décadas

al alumno que no acierta a explicarse el porqué de la misma, pero la cosa cambia cuando explicamos que la razón es histórica. El Código civil español construye el contrato de compraventa sobre el patrón del Derecho romano (esto, explica también que el vendedor no venga obligado a *dare* sino a *tradere*, viene obligado a entregar la posesión pacífica de la cosa pero ningún precepto le obliga a hacer propietario al comprador). Será necesario explicar al estudiante el origen y el razonamiento que hicieron los juristas romanos para la adopción de la regla a través de la atribución también del *commodum* al comprador.

En este sentido, hay que decir que aunque no puede exigirse al profesor de Derecho romano que sea un especialista en las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, al menos debe estar al corriente de las mismas en su estado de evolución último, el actual, y esforzarse por conocer los cambios jurídicos demandados por razones sociales, económicas y políticas.

Por otra parte, en el estudio del Derecho, como disciplina social, es muy importante proporcionar a los alumnos un lenguaje de rigor, el dominio del lenguaje técnico facilita el conocimiento de las instituciones jurídicas³³. Nuestra materia acerca al estudiante al lenguaje técnico-jurídico, que siendo actual, se originó en Roma (*legatum, proprietas, hereditas, servitus, usufructus, etc...*) y que ha pasado a los ordenamientos jurídicos actuales como una especie de *lingua franca* de los juristas europeos, capaz de traspasar la más diversas fronteras³⁴. En este sentido, se destaca su valor formativo y propedéutico³⁵, en cuanto preparación al estudio del Derecho.

Nuestra materia aporta, también, una visión de conjunto del elemento jurídico desde una disciplina de la que han ido formándose las distintas ramas del Derecho. Esta forma de parcelar el Derecho como compartimentos estancos, la ve superada el estudiante al advertir como el derecho procesal está inherentemente unido a la defensa de los derechos

³³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Sobre la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Breves apuntes con motivo de su XXV Aniversario)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, 31.

³⁴ KUNKEL habla de una suerte de "lingua franca" de los juristas europeos. Cita que tomo del libro *El Derecho romano en la Universidad del S.XXI*, (coord. PANERO GUTIERREZ), p.417.

³⁵ MIQUEL, J, *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1997, p. 16.; María Teresa DUPLÁ MARÍN, "La enseñanza del Derecho Romano" en *Derecho romano en la Universidad del s.XXI... cit.*, p. 331

subjetivos, lo que se observa no sólo en la actividad jurisdiccional del pretor, sino también a través de la rica casuística romana donde aparecen íntimamente ligados los aspectos procesales o formales, y los sustanciales o materiales del derecho, que los juristas modernos distinguen³⁶.

A través de nuestra materia, el estudiante se adentra en el campo de la argumentación y el razonamiento jurídico. La técnica y el método de los juristas romanos ofrecen un ejemplo de un sistema abierto para resolver los problemas jurídicos que la práctica plantea. El *Juristenrecht* (*Derecho de Juristas*)³⁷, diferente del Derecho legal, da lugar a principios y reglas jurídicas que se recogen, de una u otra forma, en los considerandos de las sentencias judiciales y en la producción doctrinal actual³⁸. Y todo ello, a través de técnicas jurídicas de validez universal, tales como la argumentación lógica, la analogía y la ficción. Este *modus operandi* propicia que el estudiante pueda separar la visión legalista a la que la actividad profesional puede conducir, “aprendiendo” a descender a la vida real³⁹.

4.- Casuismo y jurisprudencia romana. El método del caso y su adecuación al estudio del Derecho Romano.

El método del caso, denominado por los juristas ingleses *Case Law Method*, y el estudio de la jurisprudencia tiene un indudable valor formativo también en los llamados *sistemas cerrados o codificados* como

³⁶ Vid. GARCÍA GARRIDO, M.J. [*Derecho privado romano... citl.*, p. 95] *Nuestra materia es, sin duda, adecuada para transmitir esta íntima interconexión entre las distintas ramas del Derecho, pues el Derecho romano es el “tronco común” del que fueron surgiendo todas las demás ramas del saber jurídico que hoy se estudian como disciplinas independientes; Cfr. Alvaro D’ORS, Papeles del oficio universitario, Ed. Rialp, 1961, p. 104*

³⁷ Paul KOSCHAKER, *Europa...cit.*, p. 247 y ss.

³⁸ En este sentido, hay que advertir que la terminología que hoy utilizamos se acuña por la jurisprudencia romana y gran parte de nuestras instituciones jurídico-privadas encuentran su raíz en los esquemas trazados hace siglos por la labor jurisprudencial. Como tiene escrito FERNÁNDEZ DE BUJÁN (*“Derecho Público romano ...cit.*, en nuestro actual ordenamiento jurídico, de base predominantemente romanista, la vigencia indirecta del Derecho Romano se manifiesta a través de la vigencia de los principios generales del Derecho... Las *regulae iuris* elaboradas por la jurisprudencia clásica (D.50.17.) –dice REINOSO BARBERO, F., [*“Los principios... cit.”*, p.50] se han transformado, en muchas ocasiones, en principios generales del Derecho aplicables por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resistiendo el devenir de los tiempos y atravesando todo tipo de vicisitudes hasta llegar intactas a nuestros días.

³⁹ MURILLO VILLAR, A., *Fundamentación romanística...*, p. 49.

es el caso del Derecho español. Es uno de los más adecuados en el campo del Derecho. Con un indudable valor formativo, es muy apropiado, en concreto, para la enseñanza-aprendizaje del Derecho Romano, dado que la jurisprudencia romana se caracteriza por ser eminentemente casuística, preocupada especialmente por la justa resolución de los casos prácticos planteados en la vida diaria. En mi opinión, constituye, sin duda, el mejor método didáctico para que los estudiantes se familiaricen e incluso se identifiquen con el *modus operandi* de los juristas romanos cuya técnica, conservada en el Digesto, ofrece al jurista de nuestra época un conjunto de problemas jurídicos con controversias y soluciones que se reproducen y pueden aplicarse actualmente. Es verdad que desde un ángulo en el que únicamente se tenga en cuenta la pura contextualización histórica, el Derecho Romano es el conjunto de soluciones dadas por un pueblo para afrontar sus problemas propios e intransferibles como sociedad, pero ese conjunto de soluciones dadas han trascendido hasta hoy a través del fenómeno de la recepción⁴⁰. Sus instituciones y principios siguen siendo aplicables hoy, en ocasiones, llamado directamente por la ley. Así, por ejemplo, si acudimos al derecho navarro o al derecho catalán, en leyes recientes, podemos leer referencias explícitas al Derecho romano: en concreto, por ejemplo, en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, en el libro preliminar, Título I "*De las fuentes del Derecho Navarro*", en la Ley 1 se indica: *Esta Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y Leyes... conservan rango preferente para la interpretación e integración de las Leyes de la Compilación, y por este orden: las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido, y el Derecho Romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo*. Igualmente, en el preámbulo de la Ley 40/1991

⁴⁰ En este sentido –afirma Juan IGLESIAS, [Estudios Romanos de Derecho e Historia, Barcelona, 1952, pp. 92-93.] - que los prototipos, bases arquitectónicas y principios fundamentales del Derecho Romano tienen todavía validez y nuestra misión es explicárselo a los estudiantes.

por la que se publica el *Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña*⁴¹ se dice: *no se modifican los grandes principios propios del Derecho Romano, tan arraigados en el Derecho sucesorio catalán*. En el mismo sentido, podemos ver el preámbulo de la norma que regula los derechos reales⁴², donde se recuerda que aún existen instituciones de origen romano al decir *por ello se mantienen, actualizadas, instituciones tradicionales del derecho catalán, algunas de ascendencia romana, como son el usufructo y sus diminutivos o las servidumbres*. Por otra parte, no hay que olvidar –como hemos señalado más arriba- que actualmente la tradición europea del Derecho romano⁴³ adquiere fuerza renovada ante el fenómeno de la unificación del Derecho privado. Un estudio comparado de la normativa de los distintos Estados miembros remite invariablemente a la tradición común. Todos sabemos que no se puede pretender hacer Derecho comparado independientemente de la historia y del Derecho romano.

En cuanto al modo de proceder, los juristas romanos, ante un supuesto de hecho concreto, examinan la cuestión litigiosa desde un enfoque procesal y no desde un enfoque sustantivo. No se preguntan cuál es la figura sometida a consideración (por ejemplo, ante la entrega de una cantidad en una bolsa cerrada y sellada con autorización de usarla, no se preguntan si es un préstamo, un depósito o un depósito irregular construyendo complejas teorías y discusiones doctrinales), y ello, porque la finalidad que se proponen es siempre práctica. Esto no quiere decir que no elaboraran teorías y remedios jurídicos diversos pero solo en cuanto necesarios y aptos para resolver las dificultades del caso concreto, valiéndose de una lógica propia en la que el raciocinio jurídico se une a un gran sentido de la oportunidad, la conveniencia y la equidad. De modo, que lo que primero se preguntan e indagan es el medio de tutela procesal (¿la *actio depositi* o la *condictio*?) que es un *prius* para la protección de

⁴¹ Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se publica el *Código de sucesiones por causa de muerte del Derecho Civil de Cataluña*.

⁴² Ley 5/2006, de 10 de mayo, sobre el *Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales*.

⁴³ Sin olvidar – como indica D'ORS [Álvaro D'ORS, A., "Los romanistas ante la crisis de la ley", Estudios varios sobre el derecho en crisis, Roma-Madrid, 1973, p. 18.] - que "el valor fundamental del Derecho romano no está en la tradición europea del mismo, sino en ofrecernos una lección universal, siempre fecunda, siempre renovada, de cómo la vida del Derecho es obra de la prudencia jurídica".

todo derecho subjetivo. Es, en este sentido, en el d´Ors⁴⁴ habla de que el Derecho romano es un *"sistema de acciones"* y puntualiza *al jurista romano no le interesan esas meras declaraciones generales de las que derivan los que hoy llamamos derechos subjetivos, sino propiamente el modo –la acción- por el cual tales derechos subjetivos suelen exigirse.*

Sin embargo, se recomienda otro modo de proceder por razones estrictamente didácticas, en aras de una menor complejidad a la hora de la resolución del caso. En concreto, para la resolución del caso, se deben seguir los siguientes pasos: 1º.- El estudiante deberá comenzar por leer atentamente el supuesto de hecho intentando identificar el problema jurídico principal (así, por ejemplo, si es un problema de adquisición de la propiedad o si hay algún contrato entre las partes, si es un caso de culpa aquiliana, etc). 2º.- Posteriormente, deberá identificar las partes procesales que aparecen mencionadas, con indicación de las posibles pretensiones jurídicas de cada una de ellas. 3º.- Realizado este paso, será conveniente indagar las distintas instituciones y reglas que sean de aplicación al supuesto planteado (por ejemplo, en un caso de construcción en suelo ajeno, el alumno deberá identificar el derecho real de propiedad, su adquisición por accesión de mueble a inmueble y la aplicación del principio *superficies solo cedit*) 4º.- Posteriormente, deberá identificarse el medio o medios jurídicos procesales y extraprocesales más idóneos para solucionar la cuestión litigiosa (acción reivindicatoria y excepción de justo dueño). 5º.- Finalmente se indicará la solución o soluciones que sean las más adecuadas y equitativas, según las circunstancias del caso propuesto. En este sentido, se advierte que la solución puede ser diversa siempre que esté bien fundamentada jurídicamente. Efectivamente, a través de la argumentación y razonamiento lógico-jurídico se pueden llegar a dos o más soluciones justas, por ello, las decisiones de la jurisprudencia, sus controversias doctrinales y opiniones, son la mejor escuela contra la existencia de "dogmas" en una práctica tan compleja como es la del Derecho⁴⁵..

⁴⁴ D´ORS, X., *Posiciones programáticas... cit.*, p. 73

⁴⁵ Vid. Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *"Sistema contractual romano"*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004. En este sentido -afirma GARCÍA GARRIDO, M.J. [*"Responsa... cit"*, p.16.] - que *una de las más sabias enseñanzas del "ars prudentium" es, en efecto, la de seguir de cerca las circunstancias y matices del caso adecuando siempre, a la realidad cambiante, las normas*

5.- Método del caso y aprendizaje cooperativo

La actividad que se propone a continuación combina las técnicas del *estudio de casos* y el llamado *aprendizaje cooperativo*. A través del *método del caso* se plantea el análisis de un conflicto o problema jurídico con el fin de contextualizarlo en la complejidad del ordenamiento y realizar la búsqueda de soluciones eficaces. El *aprendizaje cooperativo*, por su parte, es una estrategia de enseñanza-aprendizaje que propone que los estudiantes trabajen en pequeños grupos en alguna actividad propuesta (un caso práctico, por ejemplo) y son evaluados según los resultados del grupo.

En el actual contexto universitario, estos métodos contribuyen a reforzar los conocimientos que han sido objeto de explicación en las lecciones teóricas o magistrales y son idóneos para el desarrollo de habilidades y actitudes. Así, la solución del caso práctico obliga a un conocimiento reflexivo de las reglas e instituciones y de los medios jurídico-procesales que tutelan a las partes. Por otra parte, favorece el desarrollo de otra serie de habilidades tales como su capacidad de análisis y de síntesis, aprendiendo a analizar de modo más crítico los problemas y a tomar decisiones acertadas, comunicando eficazmente sus ideas, la curiosidad aumenta y, también, el interés por aprender⁴⁶. Si, además, se propone el trabajo en grupo, desarrollan la capacidad de trabajar en equipo, la capacidad de coordinarse, el liderazgo y aumenta el respeto por las opiniones de los demás.

En definitiva, son métodos idóneos para el desarrollo de competencias académicas y profesionales, habilidades interpersonales y de comunicación. Otro argumento a favor de la utilización de estos métodos es que son actividades muy bien valoradas por los estudiantes.

En cuanto al proceso para el estudio y resolución del caso por los estudiantes, se procede de la siguiente manera: En primer lugar, se divide la clase en 8 grupos de 5 alumnos cada uno, que deberán trabajar en

jurídicas y huyendo del dogmatismo excesivo que más que servir a las realidades humanas las deforma y falsifica.

⁴⁶ Vid. WASSERMAN, S., *El estudio de casos...cit.*

equipo para la resolución de 8 casos prácticos previamente elegidos por el profesor del presente repertorio. Los estudiantes deberán reservar las salas de la biblioteca habilitadas para este tipo de trabajos en grupo. Por otra parte, en la guía docente podréis encontrar las dos fechas de entrega de los casos resueltos que suele coincidir con la fecha en la que cada grupo deberá exponer de forma oral el caso práctico, que les haya correspondido, con la participación del resto de los estudiantes y la guía del profesor. Cada grupo contará con un tiempo aproximado de 20 o 25 minutos para la exposición.

6.- Práctica jurídica planteada desde el Derecho romano y el ordenamiento actual

Se ofrece, a continuación, el repertorio de casos prácticos, tal y como se facilitan a los estudiantes al comienzo del curso. Se recogen 33 casos prácticos, 7 de ellos planteados y resueltos. Como es lógico, los supuestos de hecho varían de un curso académico a otro.

6.1.- POSESIÓN Y DERECHOS REALES

CASO PRÁCTICO I: LA PARTIDA DE CAZA

A. En una partida de caza, Alejandro ve aproximarse un ciervo, le dispara y lo hiere, el ciervo huye perseguido por Alejandro y se esconde tras unos matorrales. Ticio lo encuentra, lo remata y se apodera de él. Ambos reclaman la propiedad del ciervo por derecho de caza.

CUESTIONES:

1º.- ¿Ante qué supuesto jurídico nos encontramos? Posición jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del animal susceptible de ocupación.

2º.- ¿Cuándo recobra su natural libertad el animal salvaje? (D.41.1.5.pr, 1 y 4; I.2.1.14 *in fine*)

3º.- Señale las posibles acciones y excepciones y a quién corresponde ejercitarlas.

4º.- ¿Quién adquiere la propiedad del ciervo? Solución según el derecho romano y según la ley de Caza 1970.

5º.- Considere el siguiente supuesto: El animal herido, perseguido por Alejandro, se introduce en un terreno propiedad de Aurelio. Alejandro quiere cobrar la pieza pero Aurelio no le permite la entrada en su fundo (D.47.10.13.7).

TEXTOS: Gayo D.41.1.5.1; I. 2.1.13// Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza y el Reglamento que la desarrolla (Decreto 506/1971, de 25 de marzo)

B. Ticio, apicultor de profesión, plantea la siguiente cuestión: Si un enjambre de abejas de mi propiedad sale de mi fundo y hace un panel en un árbol de mi vecino Julio ¿Se hacen inmediatamente propiedad de Julio o sigo conservando su propiedad?

CUESTIONES:

1º.- Naturaleza jurídica de las abejas (D.10.2.8.1; D.41.2.3.16; D.41.1.5.2-4; D.47.2.26.pr.; I.2.1.14-15).

2º.- En el caso propuesto ¿adquiere el propietario del árbol la propiedad de las abejas? ¿Por qué?

3º.- Señale las acciones y excepciones y los legitimados para interponerlas.

4º.- ¿Puede Julio prohibir a Ticio la entrada en su fundo? (D.41.1.5.3; D.47.10.13.7; I.2.1.14-15)

D. 41.1.5.1-7 (Gayo, I.II Diario).-

Mas se entiende que recobra su libertad natural, o cuando haya desaparecido de nuestra vista de tal modo esté a nuestra presencia que sea difícil su persecución.

§ 1. *Se dudó, si se entiende que un animal silvestre, que esté herido de modo que pueda ser cogido, es nuestro desde luego. A Trebacio le pareció que desde luego era nuestro, y que se considera que es nuestro mientras lo perseguimos; pero que si dejáremos de perseguirlo dejaba de ser nuestro y se hacía a su vez del que lo ocupaba. Y así, si durante el tiempo en que lo perseguimos otro lo hubiere cogido con ánimo de lucrarse de él, se considera que nos hizo un hurto. Pero los más opinaron, que no era nuestro de otro modo, sino si lo hubiéremos cogido, porque pueden acontecer muchas cosas para que no lo cojamos; lo que es más verdadero.* **§2.-** *También es silvestre la naturaleza de las abejas; y así, las que se hubieren posado en un árbol nuestro, antes que por nosotros sean encerradas en una colmena, no se entiende que son nuestras de otra suerte que las aves, que hubieron anidado en un árbol nuestro, y por esto, si otro las hubiere recogido, será dueño de ellas.* **§ 3.-** *También puede poseer cualquiera, sin cometer hurto, los panales, si algunos hubieren hecho ellas. Pero, como también hemos dicho antes, al que entra en un fundo ajeno se le puede prohibir con derecho por el dueño, si éste lo viere, que entre.* **§ 4.-** *El enjambre, que hubiere salido volando de colmena nuestra, se entiende que es nuestro mientras está a nuestra vista, y no es difícil su persecución; de otra suerte, se hace del que lo ocupa.* **§ 5.-** *Es silvestre la naturaleza de los pavos reales y de las palomas; y no hace al caso que por costumbre suelen irse y volver volando; porque también hace lo mismo las abejas, cuya naturaleza consta que es silvestre. También algunos tienen ciervos de tal modo amansados, que se van a las selvas y vuelven, y nadie niega que sea silvestre la naturaleza de los mismos. Mas en cuanto a los animales que por costumbre suelen irse y volver, se admitió tal regla, que se entienda que son nuestros mientras tengan el instinto de volver, porque si hubieren dejado de tener el instinto de volver dejan de ser nuestros, y se hacen de quienes los ocupan; pero se entiende que dejaron de tener el instinto de volver cuando hubieren perdido costumbre de volver.* **§ 6.-** *No es silvestre la naturaleza de las gallinas y de los ánsares, porque es sabido que hay otras gallinas silvestres, y otros ánsares silvestres. Y así, si espantados o espantadas de algún modo mis ánsares y mis gallinas se hubieren ido volando tan lejos que ignoremos dónde estén, esto no obstante se retienen en nuestro dominio. Por cuya causa nos estará obligado por hurto el que hubiere cogido alguno de ellos con intención de lucrarse con él.* **§ 7.-** *Asimismo, las cosas que se cogen a los enemigos se hacen al punto por derecho de gentes de los que las cogen.*

I. 2.1.13-15.-

§ 13.- *Se ha preguntado si se entiende que cuando la res cerril ha sido herida, de modo que pueda ser cogida, es tuya desde luego. A algunos les pareció que era suya inmediatamente y que se reputaba tuya mientras la persiguieras; pero que si cesaras de perseguirla, dejaba de ser tuya, y se hacía de nuevo del que la ocupase. Otros juzgaron que no era tuya de otro modo que si la hubieses cogido. Más nosotros confirmamos la última opinión, porque suele acontecer muchas cosas para que no te apoderes de ella.*

D. 47.10.13.7. (Ulp. I. 57 de los Comentarios al Edicto).-

§ 7.- *Si alguno me prohibiera pescar en el mar o llevar la red ¿podré acaso demandarlo con la acción de injurias? Hay quienes opinan que puede ejercitar la acción de injurias; y así opina Pomponio; y los más que a éste es semejante el que no consintiera que uno lave en lugar público, o que se siente en las gradas de anfiteatro, o que en algún otro lugar conduzca carro, se siente, o converse, o si alguien no permitiera que yo use de una cosa mía; porque también éste puede ser demandado por la acción de injurias. Mas al arrendatario le dieron los antiguos interdicto, si acaso tomó públicamente el arrendamiento, porque se debe prohibir*

que se le haga violencia para que no disfrute de su arrendamiento. Pero si yo le prohibiera a alguno que pesque delante de mi casa, o delante de mi palacio de campo, ¿qué se ha de decir, que estoy, o no sujeto a la acción de injurias? Y ciertamente que el mar es común a todos, y también sus orillas, como el aire y muchísimas veces se resolvió por rescripto, que no se le podía prohibir a uno que pesque; pero tampoco se le puede prohibir a uno que cace, sino que entre en fundo ajeno. Fue, sin embargo, también de uso, aunque no fundado en ningún derecho, que a cualquiera se le pudiera prohibir que pescara delante de mi casa, o de mi palacio de campo; por lo que si a alguno se le prohibiera, aun se puede ejercitar la acción de injuria. Pero a la verdad, en lago, que es de mi dominio, puedo prohibirle a alguien que pesque.

Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (BOE núm.82, de 06-04-1970)

TITULO III: De la propiedad de las piezas de caza

Artículo 4. De las piezas de caza.

1. Son piezas de caza los animales salvajes y los domésticos que pierdan esa condición, que figuren en la relación que a estos efectos deberá incluirse en el Reglamento para la aplicación de esta Ley.

2. La condición de piezas de caza no será aplicable a los animales salvajes domesticados, en tanto se mantengan en tal estado.

3. Las piezas de caza se clasificarán en dos grupos: caza mayor y caza menor. Tendrán la consideración de piezas de caza mayor la cabra montés, el ciervo, el corzo, el gamo, el jabalí, el lince, el lobo, el muflón, el oso, el rebeco y cuantas especies sean declaradas como tales por el Ministerio de Agricultura. Tendrán la consideración de piezas de caza menor las que figuren en la relación a que se refiere el número de este mismo artículo, excepto las definidas anteriormente como caza mayor.

Artículo 22. Propiedad de las piezas de caza

1. Cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones establecidas de esta Ley, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura.

2. El cazador que hiera a una pieza en terreno donde le sea permitido cazar, tiene derecho a cobrarla, aunque entre en propiedad ajena. Cuando el predio ajeno estuviere cercado, o sometido a régimen cinegético especial, necesitará permiso del dueño de la finca, del titular del aprovechamiento o de la persona que los represente. El que se negare a conceder el permiso de acceso estará obligado a entregar la pieza, herida o muerta, siempre que fuere hallada y pudiese ser aprehendida.

3. En los terrenos abiertos sometidos a régimen cinegético especial, y para piezas de caza menor, no será necesario el permiso a que se refiere el apartado anterior cuando el cazador entre a cobrar la pieza solo, sin armas ni perro, y aquélla se encuentre en lugar visible desde la linde.

4. Cuando en terrenos de aprovechamiento cinegético común uno o varios cazadores levanten y persiguieren una pieza de caza, cualquier otro cazador deberá abstenerse, en tanto dure la persecución, de abatir o intentar abatir dicha pieza.

5. Se entenderá que una pieza de caza es perseguida cuando el cazador que la levantó, con o sin ayuda de perro u otros medios, vaya en su seguimiento y tenga una razonable posibilidad de cobrarla.

6. Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, la propiedad corresponderá al cazador que le hubiere dado muerte cuando se trate de caza menor, y al autor de la primera sangre cuando se trate de caza mayor.

Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970.

Artículo 24. Propiedad de las piezas de caza

1. Cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de la Ley y Reglamento de Caza, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura.

2. El cazador que hiera a una pieza de caza mayor o menor en terreno donde le sea permitido cazar tiene derecho a cobrarla aunque entre en propiedad ajena.

Cuando el predio ajeno estuviera cercado o sometido a régimen cinegético especial, necesitará permiso del dueño de la finca, del titular del aprovechamiento o de la persona que los represente, quienes señalarán la técnica del cobro de la pieza en lo que se refiere a armas, perros y acompañantes. El que se negara a conceder el permiso de acceso estará obligado a entregar la pieza, herida o muerta, siempre que fuera hallada y pudiera ser aprehendida.

3. No obstante lo dispuesto con carácter general en el apartado anterior, en los terrenos abiertos sometidos a régimen cinegético especial y para piezas de caza menor no será necesario el permiso a que se refiere el citado apartado cuando el cazador entre a cobrar la pieza solo, sin armas ni perros, y aquélla se encuentre en lugar visible desde la linde.

4. Cuando en terrenos de aprovechamiento cinegético común uno o varios cazadores levanten y persiguieren una pieza de caza, cualquier otro cazador deberá abstenerse en tanto dure la persecución de abatir o intentar abatir dicha pieza.

5. Se entenderá que una pieza de caza es perseguida cuando el cazador que la levantó, con o sin ayuda de perros u otros medios, vaya en su seguimiento y tenga una razonable posibilidad de cobrarla.

6. Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, el derecho de propiedad sobre la pieza cobrada corresponderá al cazador que la hubiera dado muerte, cuando se trate de caza menor, y al autor de la primera sangre, cuando se trate de caza mayor. Tratándose de aves en vuelo, la propiedad de las piezas de caza corresponderá al cazador que las hubiere abatido.

SOLUCIÓN

Problema principal: Adquisición de la propiedad. Naturaleza jurídica del animal salvaje.

Partes procesales: Alejandro es el cazador que hiere al ciervo y va en persecución y Ticio es el poseedor de la pieza.

1º.- Es un caso de **adquisición de la propiedad a título originario, concretamente de ocupación por derecho de caza**.

En cuanto a la naturaleza jurídica del animal nos interesa determinarla porque únicamente son susceptibles de ocupación los animales salvajes o los amansados que han perdido la costumbre de volver (*animus revertendi*). Las fuentes romanas distinguen entre animales salvajes (*ferae bestiae*), animales amansados y animales domésticos.

Por su parte, la Ley de caza en su artículo 22.1. establece que *el cazador adquiere la pieza de caza mediante ocupación* y el art. 4 distingue entre animales salvajes, domésticos y domesticados estableciendo que serán piezas de caza los animales salvajes. En cuanto a los domésticos y domesticados únicamente se considerarán objeto de caza cuando pierdan tal condición.

2º.- Para algunos juristas, *el animal salvaje herido, de modo que pueda ser cogido, es propiedad de quien lo hiere mientras vaya en su persecución pero si dejara de perseguirlo deja de ser nuestro y se hace de quien lo ocupe. Se entiende que recobra su natural libertad cuando desaparezca de nuestra vista y sea difícil su persecución* (véase la opinión de Trebacio en D.41.1.5.1.).

Por su parte, el art. 22. 4 y 5 de la Ley de caza (que coincide con el art. 24. 4 y 5 del Decreto que la desarrolla) establece que *cuando en terrenos de aprovechamiento cinegético, uno o varios cazadores levanten y persiguieren una pieza de caza, cualquier otro cazador deberá abstener, mientras dure su persecución de abatir o intentar abatir la pieza*. Se entenderá que una pieza es perseguida cuando el cazador que la levantó vaya en su seguimiento y tenga una razonable posibilidad de cobrarla.

3º.- Las acciones y excepciones a ejercitar serán las siguientes:

a) **Acción reivindicatoria, previa la exhibitoria:** La acción reivindicatoria se ejercita por el propietario civil frente al poseedor no propietario. Es una acción real que se ejercita *erga omnes*, frente a cualquiera que tenga la cosa en su poder. En el caso planteado se ejercitará por Alejandro frente a Ticio, previo el ejercicio de la acción exhibitoria que era utilizada cuando la cosa reivindicada era mueble.

b) **Exceptio iusti dominii:** De Ticio frente a Alejandro.

4º.- Según la opinión de Trebacio el ciervo se hace propiedad de Alejandro que es quien lo hiere y va en su persecución. Sin embargo, según informa Gayo, la mayoría de los juristas consideran que el animal se hace de quien efectivamente lo captura, porque *pueden acontecer muchas cosas para que no lo cojamos*. Esta opinión es la que prefiere Justiniano en sus Instituciones (I.2.1.13).

La solución, por tanto, dependerá de la opinión que prefiramos.

La Ley de caza y su Reglamento, arts. 22.6 y 24.6, respectivamente, remiten, en primer lugar, a los usos y costumbres del lugar. En su defecto la pieza cobrada corresponderá *a quien le hubiese dado muerte, cuando se trate de caza menor, y al autor de la primera sangre, cuando se trate de caza mayor.*

CASO PRÁCTICO II: SIEMBRA Y CONSTRUCCIÓN EN FUNDO AJENO

Julio colocó un silo de madera móvil para cereal y sembró, por error, trigo en parte del campo de Aurelio, su vecino. Aurelio pregunta quién es el propietario del silo y del trigo sembrado⁴⁷.

CUESTIONES

- 1) Señala las instituciones y reglas que aparecen en el supuesto de hecho. Véase el tema del derecho real de superficie.
- 2) Señala las acciones y excepciones que pueden utilizar las partes litigantes
- 3) Indica la solución razonada al supuesto que se plantea.

TEXTOS: D.41.1.60; art. 358; STS 124/2002, de 12 de Febrero.

⁴⁷ Vid. Escévola, D.41.1.60

D. 41.1.60.- ESCEVOLA, libro I Respuestas. -

Ticio puso en un predio de Seyo un nuevo almacén movable para trigo, hecho con tablas de madera; se pregunta, quién será el dueño del granero. Respondió, que según lo que se exponía no se hizo de Seyo.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL:

Artículo 353: *La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.*

Artículo 358: *Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.*

Artículo 359: *Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario.*

Artículo 360: *El propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas.*

Artículo 361: *El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.*

Artículo 362: *El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización.*

Artículo 363: *El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró.*

Artículo 364: *Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.*

Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.

Artículo 365: *Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el solo caso de que el que los empleó no tenga bienes con qué pagar.*

No tendrá lugar esta disposición si el propietario usa del derecho que le concede el artículo 363.

SOLUCIÓN

Problema principal: **Adquisición de la propiedad por accesión.**
Superficie solo cedit.

Partes procesales: **Julio**, construye en suelo ajeno y planta por error unas semillas. Quiere saber si puede recuperar el silo y las semillas. **Aurelio** es el propietario del fundo, tiene en su poder el silo y las semillas plantadas. Quiere saber si ha adquirido la propiedad de estas cosas por accesión.

1.

- Adquisición de la propiedad por accesión de mueble a inmueble. Se produce la accesión cuando una cosa se une a otra de forma natural o artificial formando un todo de componentes inseparables. Los intérpretes distribuyen los casos de accesión distinguiendo entre la que se da entre dos cosas inmuebles, la de una cosa mueble a otra inmueble y la de dos cosas muebles. En cuanto a la accesión de mueble a inmueble, las fuentes romanas hablan de *aedificatio*, *plantatio* y *satio* (edificación, plantación y siembra).

- *Superficie solo cedit*: se aplica el principio general según el cual todo lo que se edifica, planta o siembra en suelo ajeno se hace propiedad del dueño del suelo.

- Para que se produzca la accesión es necesario que la unión sea permanente porque si las cosas son fácilmente separables sin detrimento para ellas, el propietario de la cosa mueble conservará la acción reivindicatoria para pedir la devolución de la cosa o su valor.

Por su parte, el art. 353 del C.c. recoge la adquisición de la propiedad por accesión al indicar que la *propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*. Y el artículo 358 indica que *lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos*.

(Véase arts. 361 y 362, sobre la indemnización según haya buena o mala fe).

2º.- En cuanto a los medios jurídicos procesales:

- a) Acción reivindicatoria del propietario no poseedor frente al poseedor no propietario. Julio podrá ejercitar esta acción (que se ejercita *erga omnes*, frente a cualquiera que tenga la cosa en su poder) frente a Aurelio para pedir la devolución del hórreo y el trigo o su valor.
- b) *Exceptio iusti dominii* que consiste en una alegación, de hecho o de derecho, que permite al demandado rechazar la acción ejercitada por el demandante. Aurelio podrá oponer esta excepción frente a la reivindicatoria alegando que es propietario del silo y el trigo por accesión.

En todos estos casos, y cuando el propietario hubiese obrado de buena fe, el pretor ofrecía al propietario de la cosa accesoria algunos remedios

para obtener el resarcimiento: así por ejemplo la *exceptio doli* ejercitable frente a la acción reivindicatoria del nuevo propietario que no hubiera indemnizado al demandado por la pérdida sufrida (pero en este caso, la cosa accesorio debía permanecer todavía en manos de su anterior propietario, en el caso propuesto, de Julio. También una *actio in factum*, designada como *utilis* (Gayo 2.78) para obtener del nuevo propietario y poseedor de la cosa accesorio la mencionada indemnización.

Por su parte, el art. 360 del C.c. establece que el propietario del suelo tiene derecho a hacer suya la obra, la siembra o la plantación previa indemnización o bien a obligar, al que fabricó o plantó, a pagar el precio del terreno o, al que sembró, la renta correspondiente. El art. 361 indica que el que obró con mala fe perderá lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización.

3º.-En el caso propuesto, y en relación con el silo de madera móvil, responde Escévola que no se hizo propiedad de Aurelio, concretamente el texto indica: *Ticio puso en un predio de Seyo un nuevo almacén movable para trigo, hecho con tablas de madera; se pregunta, quién será el dueño del granero. Respondió, que según lo que se exponía no se hizo de Seyo.*

La razón es que el silo no está unido permanentemente al suelo, sino que puede retirarse sin menoscabo para el predio, por tanto Julio podrá reivindicar la devolución.

Sin embargo, en relación con lo sembrado se aplicará el principio clásico indicado. Las plantas, una vez arraigadas, y las semillas sembradas se hacen del dueño del suelo (*Plantatio y satio*)

CASO PRÁCTICO III EL TESORO

Valerio descubre un tesoro enterrado en un fundo de Ticio pero, cuando vuelve para excavar, Ticio no se lo permite y lo expulsa del fundo. Unas horas después, Ticio ordena a Hermodoro, esclavo común de su propiedad y de Sempronio, que excave en ese lugar y desentierre el tesoro. Hermodoro se lo entrega a sus dueños, Ticio y Sempronio.

CUESTIONES:

- 1º.- ¿Ante qué supuesto jurídico nos encontramos? (D.41.1.31.1; I.2.1.39) ¿Y según el Código civil? (art. 610 y 352 del C.c.)
- 2º.- Ticio afirma que él es el descubridor del tesoro. Indique los requisitos que debe tener el hallazgo para que sea considerado tesoro.
- 3º.- En el caso propuesto ¿quién se hace propietario de los objetos encontrados? Distinga según la época. (C.10.15.1; I.2.1.39). ¿Y según el Código Civil? (véase art. 351 y póngase en relación con el art. 44 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).
- 4º.- Señale las acciones y excepciones y a quién corresponde ejercitarlas.
- 5º.- Recapitulación y solución del caso propuesto.

TEXTOS:

D. 41, 1, 31, 1.-

31 Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXI*.

§ 1.- Un tesoro es cierto antiguo depósito de dinero, del cual no queda memoria, de suerte que ya no tenga dueño, pues de este modo se hace del que lo hubiere encontrado, porque no es de otro; pero si alguien hubiere escondido bajo tierra alguna cosa por causa o de lucro o de miedo o de custodia, esto no es tesoro; y respecto de ello se comete también hurto.

I. 2, 1, 39.-

§ 39.- Inspirado en la equidad natural, el divino Adriano concedió, al que los hubiere descubierto, los tesoros que alguno hubiere hallado en su suelo; y estableció lo mismo, si alguno los hubiere encontrado por caso fortuito en un lugar sagrado o religioso. Mas si alguno lo hubiere encontrado en un lugar ajeno, no buscándolo, sino fortuitamente, concedió la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del suelo: y en su consecuencia ordenó que, si alguien lo hubiere encontrado en un lugar del César, fuese la mitad para el descubridor y la otra mitad para el César: y a esto es consiguiente, que si alguno lo hubiere encontrado en un paraje público o fiscal, sea la mitad para él y la otra mitad para el fisco o para la ciudad.

C. 10, 15, 1.-

Título XV

De los tesoros

Los Emperadores LEÓN y ZENÓN, Augustos a Epinico, Consular.- Nadie en lo sucesivo se atreva a molestar los benignos oídos de nuestra piedad habiendo elevado súplicas para buscar un tesoro en lugar suyo o ajeno, o sobre el hallado por otro o por él. Porque a cada cual le concedemos libre facultad para buscar en lugares verdaderamente suyos, con tal que sea sin criminosos y punibles sacrificios o sin cualquier otro artificio reprobado por las leyes, un tesoro, (esto es, cosas muebles guardadas en tiempo más remoto por dueños desconocidos), y para usar del hallado, a fin de que en lo sucesivo la envidiosa calumnia no persiga un beneficio de Dios, de suerte que sea superfluo pedir con súplicas lo que ya ha sido permitido por la ley, y se considere que se anticipa la liberalidad de la majestad imperial que se haya de pedir. Mas no se atreva nadie a buscar en su propio nombre riquezas escondidas en tierras ajenas, contra la voluntad de sus dueños, o aun no queriéndolo o ignorándolo. Pero si alguien hubiere creído que se nos debía suplicar sobre esto, o si habiéndolo buscado contra el tenor de esta ley hubiere encontrado un tesoro en lugar ajeno, sea compelido a entregarlo íntegro al dueño de los lugares, y sea castigado como infractor de esta muy saludable ley. Mas si acaso arando o cultivando de otro modo la tierra, o por cualquier casualidad no con empeño de buscarlo, hubiere hallado un tesoro en lugares ajenos, parta lo que hubiere sido hallado con el dueño de los lugares, reteniendo la mitad y dándole la otra mitad. Porque así sucederá que cada cual disfrutará de lo suyo y no ansiará lo ajeno. *Dada a 6 de los idus de Octubre, bajo el consulado del joven León, Augusto [471].*

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL:

Artículo 610: Se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

Artículo 352: Se entiende por tesoro, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste.

Artículo 351: El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado.

Consulta de textos:

Art. 44 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

SOLUCIÓN:

Problema principal: Adquisición del tesoro.

Partes procesales: Valerio es el descubridor del tesoro, no lo tiene en su poder y pretende reivindicarlo frente a Ticio; Ticio es el dueño del fundo y tiene en su poder el tesoro; Sempronio es el copropietario del esclavo.

1.-

Es un caso de **adquisición del tesoro**. *El tesoro es un conjunto de bienes (dinero, alhajas u otros bienes muebles) ocultos desde tiempo inmemorial de modo que no se sabe quien fue su antiguo dueño* (Paulo, D.41.1.31.1).

Por su parte, el artículo 352 del C.c. nos ofrece el concepto de tesoro como *depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima pertenencia no conste* y el artículo 610 indica que *se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas*.

Es importante llamar la atención sobre el paralelismo de la definición de Paulo y la del artículo 352 del Código Civil. Y es que la definición del jurista clásico inspira el concepto recogido por las legislaciones modernas, en concreto la del artículo 716 del Código civil francés, la del artículo 714 del Código civil italiano, variada ligeramente por el Código de 1942 y el § 948 del BGB alemán.

Igualmente, es importante indicar que la adquisición del tesoro es calificada por nuestro ordenamiento como un caso de ocupación de cosa que no tiene dueño, mientras que para el derecho romano basta con que se realice el descubrimiento por parte del *inventor* para que se produzca la adquisición (solo *animo*, aunque no haya habido aprehensión de la cosa, *corpus*).

2º.- Para poder hablar de adquisición del tesoro, en Derecho romano es necesario que el hallazgo se produzca por casualidad.

En época republicana, según se deriva de D.41.2.3.3, el tesoro fue considerado una accesión del fundo en el que se hallaba (*pars fundi*) y era adquirido por el propietario del fundo.

Posteriormente, en el año 117 o 118 d.C., el emperador Adriano dicta su célebre Constitución (recogida en la *Vita Hadriani* de Esparciano, 18.6 y en I.2.1.39), que se ha mantenido en lo esencial hasta la actualidad –tal y como se puede ver en el artículo 351 del C.c.). Adriano estableció que, si alguno hubiera hallado un tesoro en su propio fundo, adquiriese su propiedad y estableció lo mismo, si alguno los hubiere encontrado por caso fortuito en un lugar sagrado o religioso. Para el caso de que el descubrimiento se hubiese producido fortuitamente en fundo ajeno, concedió la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del suelo.

Finalmente, para el caso de que el hallazgo se produjera en un paraje público o fiscal concedió la mitad al *inventor* y la otra mitad para el fisco o para la ciudad.

Por su parte, el art. 351 establece que *el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado.*

Si bien, cuando los objetos o los restos materiales encontrados tengan los valores propios del Patrimonio Histórico Español no les será de aplicación el artículo 352 del C.c., tal y como indica el artículo 44.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, donde se indica que el descubrimiento de estos objetos deberá comunicarse a la Administración competente en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. El apartado 3 del mismo artículo indica que tanto el descubridor como el propietario del lugar en que se hubieren encontrado tienen derecho, a partes iguales, a un premio en metálico, que será equivalente a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya. Y el artículo 44.4. establece que se privará del premio indicado al descubridor y, en su caso al propietario, cuando incumplan las obligaciones de los apartados 1 y 2 quedando los objetos a disposición de la Administración competente de modo inmediato, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan.

3) La acciones y excepciones que pueden ser de aplicación en el caso propuesto son las siguientes:

- **Acción reivindicatoria** previa la exhibitoria por parte de Valerio, descubridor del tesoro, frente a Ticio propietario del fundo en el que se encontró.

- **Exceptio iusti dominii** por parte de Ticio frente a Valerio que puede alegar que el tesoro estaba en su fundo y, por tanto le pertenece.

- **Actio iniurarum**: la acción puede ser utilizada por Ticio que quiere prohibir la entrada en su fundo a Valerio.

- **Interdicto unde vi**: interdicto de recuperar la posesión a favor del aquel que hubiera sido despojado de su posesión por cualquier forma de violencia y siempre que estuviera poseyendo *nec vi nec clam nec precario* respecto del adversario. Tenía un plazo de ejercicio de un año y se obtenía la reintegración en la posesión y la indemnización de los perjuicios.

- **Actio communi dividundo**: acción de división de cosa común. Podría ejercitarla por cualquiera de los condóminos, Sempronio o Ticio, para hacer cesar la copropiedad sobre la cosa común.

4) Solución razonada: En época republicana el tesoro pertenecería al dueño del fundo en el que se hallare, es decir a Ticio. Después de la Constitución de Adriano, el tesoro se haría por mitad del que lo descubrió, el *inventor* o descubridor, en este caso Valerio, y del dueño del predio en el que se

encontró, en este caso Ticio. De modo que Valerio podría ejercitar la acción reivindicatoria frente a Ticio.

En nuestro ordenamiento, la solución para el caso propuesto, según el artículo 351 sería la misma, es decir, mitad para Valerio y mitad para Ticio, pues cuando el descubrimiento se hace por azar en un fundo ajeno, el tesoro se dividirá a partes iguales entre el descubridor y el dueño del suelo. Aunque, como se ha advertido deberá tenerse en cuenta lo establecido por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

CASO PRÁCTICO IV: AMPLIACIÓN DE NEGOCIO

El banquero Teofrastro quiere ampliar su pequeño establecimiento (*tabernae*), situado en una de las calles principales de Roma porque desemboca en el foro. Teofrastro sabe que la finca situada a la derecha de su negocio es de dominio público y que su administración corresponde a los cuestores, mientras que la finca de la izquierda pertenece a un particular, Marco.

El banquero quiere consultar a un jurista sobre qué negocio debería proponer a la administración o a Marco para conseguir su finalidad de ampliar su negocio.

Por su parte, Marco le indica a Teofrastro que únicamente llegará a un acuerdo con él si le presta una cantidad de dinero de 10.000 sestercios a un interés bajo (de solo el 2%)

1º.- El banquero os consulta qué negocio jurídico podría celebrar con cada uno de los propietarios para conseguir su finalidad de ampliar su negocio. ¿Qué características, requisitos y plazo de tiempo tiene la figura o figuras que le proponéis?

2º.- Teofrastro presta el dinero a Marco ¿Qué instituciones jurídicas se recogen en el caso propuesto?

3º.- Teofrastro y Marco pactan un interés del 2%. Llegado el plazo establecido Marco no devuelve el dinero, Teofrastro os pregunta con qué acción o acciones podrá dirigirse frente a Marco para pedir la devolución del capital y de los intereses.

4º.- Contemple el siguiente supuesto: Marco, para garantizar la devolución del préstamo hipoteca a favor de Teofrastro una casa por pisos de su propiedad que tiene en el barrio de la Subura. Sin embargo, Marco debe una cantidad tributaria al Erario y, además, tiene que devolver 6000 sestercios a su amigo Mevio que le prestó dinero para reparar el tejado de la casa por pisos, ahora hipotecada. ¿Quién tendrá derecho a cobrarse primero sobre la cas hipotecada: Teofrastro, Mevio o el Fisco?

Consulta de textos:

Art. 40 y 41 del *Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo.*

CASO PRÁCTICO V: EL CASO DE LAS OVEJAS ROBADAS

Casio se apodera de un rebaño de ovejas de Ticio y se las vende a Sempronio quien las compra de buena fe, sin saber que son robadas. Sempronio esquila las ovejas y vende la lana, así como consume, para su alimentación y la de su familia, varios corderos. Ticio, desprovisto de su rebaño, quiere saber cuáles son las acciones que puede ejercitar tanto frente a Casio como frente a Sempronio.

CUESTIONES

- a) Señale las distintas instituciones y reglas jurídicas.
- b) Acciones y excepciones y quién está legitimado para ejercitarlas.
- c) Solución razonada según el derecho clásico, el justiniano y C.c.

FUENTES: Paulo, D.41.3.4.19; art. 451, 452 y 455.

D. 41, 3, 4, 19.-

§ 19.- La lana de las ovejas hurtadas, si verdaderamente fue esquilada en poder del ladrón, no puede ser usucapida; pero si en poder del comprador de buena fe, al contrario, porque está comprendida en los frutos, y no debe ser usucapida, sino que inmediatamente se hace del comprador. Lo mismo se ha de decir en cuanto a los corderos, si hubieran sido consumidos, lo que es verdad.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL:

Artículo 451: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.

Artículo 452: Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. Las cargas se prorratarán del mismo modo entre los dos poseedores. El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo.

Artículo 455: El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

CASO PRÁCTICO VI: EL USUFRUCTO DEL HUERTO DE LIVIA

Livia dejó en usufructo un terreno plantado con naranjos a Julia (cuando ésta tenía una edad de 70 años) sin especificar plazo o término alguno. Entonces Julia cedió el derecho a su sobrina Agripina durante un plazo de nueve años. Agripina arrendó los terrenos a su vecino Vitelio por una renta anual de 3000 sestercios que se abonaría al final del año. Pasados 5 años, en las calendas de marzo, Julia, la usufructuaria, falleció a la edad de 75 años. Se preguntó que ocurre con el derecho de usufructo y con los alquileres de la finca usufrutuada.

CUESTIONES:

- 1º.- Concepto de usufructo (Paulo, D.7.1.1.1.// art. 467)
- 2º.- Extinción del derecho de usufructo ¿y en el caso de que el usufructuario fuese una persona jurídica? (D.7.1.5.6// art. 515). Explique las distintas instituciones y reglas indicadas en el supuesto de hecho.
- 3º.- Acciones y excepciones
- 4º.- Solución razonada.

Textos:

D.7.1.1.1.

(Paulo, libro 3 de los *Comentarios a Vitelio*)- *El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, quedando salva la naturaleza de las cosas.*

D.7.1.5

(Papiniano, libro 7 *Cuestiones*) §5. *El usufructo puede constituirse también desde un principio por parte indivisa o dividida, y perderse igualmente por el tiempo legal, y por la misma razón disminuirse por la ley Falcidia. También se divide la obligación del usufructo en porciones hereditarias, fallecido el que lo prometió, y si se debiera por razón de un predio común, la restitución se hará con arreglo a la parte del opositor.*

D.7.1.6.

(Gayo, libro 7 de los *Comentarios al Edicto provincial*)- *Constitúyese el usufructo de muchos modos, como, por ejemplo, si se hubiese legado. Pero puede legarse también la propiedad deducido el usufructo, para que el usufructo quede al heredero. § 1.- También se constituye el usufructo en el juicio de partición de herencia, y en el de división de cosa común, si al juez adjudicare a uno la propiedad, y a otro el usufructo. § 2.- Mas se adquiere para nosotros el usufructo no sólo por nosotros mismos, sino también por medio de aquellas personas que tenemos sometidas a nuestra potestad. § 3.- Pero nada veda que instituido heredero mi esclavo, se legue la propiedad deducido el usufructo.*

CODIGO CIVIL ESPAÑOL:

Artículo 467: *El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa.*

Artículo 473. *Si el usufructuario hubiere arrendado las tierras o heredades dadas en usufructo, y acabare éste antes de terminar el arriendo, sólo percibirán él o sus herederos y sucesores la parte proporcional de la renta que debiere pagar el arrendatario.*

Artículo 474. *Los frutos civiles se entienden percibidos día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo.*

Artículo 480. *Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.*

Artículo 513. *El usufructo se extingue:*

1. *Por muerte del usufructuario.*
2. *Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.*
3. *Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.*
4. *Por la renuncia del usufructuario.*
5. *Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.*
6. *Por la resolución del derecho del constituyente.*
7. *Por prescripción.*

Artículo 514. *Si la cosa dada en usufructo se perdiera sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante.*

Artículo 515. *No podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo.*

CASO PRÁCTICO VII: UN CASO DE USUCAPIÓN

- A) Ticio hurtó una vaca a Mevio y se la vendió a Seyo, que la compra de buena fe. Estando en posesión de Seyo, la vaca pare un ternero y Seyo vende la vaca a Sempronio que se niega devolvérsela a Ticio alegando que había pasado el tiempo para usucapir. Ticio pregunta las acciones que debe ejercitar frente a Mevio, a Seyo y Sempronio para que se le devuelva la vaca de su propiedad y el ternero.
- B) Cornelio hurtó una esclava que había concebido un hijo, a Sempronio, posteriormente se la vendió a Mario, que la compró de buena fe. Pasado un año desde el alumbramiento, Cornelio preguntó a quién pertenece el hijo de la esclava ¿a Cornelio (ladrón de la esclava porque había pasado el tiempo para usucapir), a Sempronio (propietario de la esclava en cinta) o a Mario (poseedor de buena fe que hace suyos los frutos adquiridos antes de la *litis contestatio*)?

CUESTIONES

- Señala las instituciones y reglas que aparecen en cada uno de los supuestos de hecho.
- Señala las acciones y excepciones que surgen para las posibles partes litigantes.
- Indica la solución razonada.

TEXTOS: C.7.31.1; D.41.10.4.pr.; Gayo 2.47 y 49// arts. 1940 (requisitos de la usucapión); 1952 (título) y 1950 (buena fe), art. 1955 a 1957 (tiempo); en relación con la buena fe, arts. 1951 en relación con los arts. 433-436.

C. 7, 31, 1.-

Título XXXI

*"De la transformación de la usucapión y de la supresión de las diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*"*

1. *El Emperador JUSTINIANO, Augusto a JUAN, Prefecto del Pretorio.*- Habiendo suprimido la previsión de nuestra inteligencia el nombre y la esencia de "derecho de los Quirites", y siendo válidas en todo lugar las excepciones comunes de diez, o de veinte, o de treinta años, o las que haya que contengan la prolijidad de mayor tiempo, es bastante inútil admitir la usucapión ciertamente respecto a bienes raíces en Italia, y denegarla en cuanto a los de las provincias. Más también si alguno poseía de buena fe por dos años bienes ajenos, pero de Italia, eran excluidos los míseros dueños de los bienes y no se les reservaba ningún regreso a ellos. Lo cual era procedente aun ignorándolo los dueños; y nada era tan inhumano como que un hombre ausente y que lo ignoraba decayera de sus posesiones en tan corto tiempo.

§ 1.- Por ello creemos, que, así como la excepción de un año, se debe transformar por la presente ley también la usucapión aun respecto a los bienes raíces de Italia, que son o se entiende que son inmuebles, de suerte que también en cuanto a ellos corran solamente los términos de diez, o de veinte, o de treinta años, y de las otras excepciones, quedando suprimidas en absoluto aquellas tales perentoriedades.

D. 41, 10, 4 .-

4 POMPONIO; *Comentarios a Sabino, libro XXXII*;- Si de buena fe compraste una esclava hurtada, y los que nació de ella y fue concebido en tu poder lo poseíste de modo, que dentro del término establecido para la usucapión supieras que la madre era hurtada; dice Trebacio, que de todos modos fue usucapido lo que así fue poseído. Yo creo que se ha de distinguir de suerte, que si dentro del término establecido no hubieses sabido de quién era la esclava, o si lo hubieses sabido y no hubieses podido hacer sabedor al dueño, o si también hubieses podido y lo hubieses hecho sabedor, la usucapirás; pero que sería lo contrario, cuando sabiéndolo y pudiendo, no lo hubieses hecho sabedor; porque se considerará que entonces poseíste clandestinamente, y uno mismo no puede poseer como cosa suya, y clandestinamente.

§ 1. – Si un padre hubiera partido con sus hijos los bienes que tenía, y por esta causa los tuvieron ellos después de la muerte del padre, como quiera que se convino entre ellos que fuese válida esta división, será procedente para ellos la usucapión como por cosa suya en cuanto a las cosas que en los bienes del padre se halla que son ajenas.

§ 2.- lo que no haya sido legado, sino que haya sido malamente entregado por el heredero, está determinado que sea usucapido por el legatario, porque lo posee como cosa suya.

Gayo II, 47; II, 49.-

47. Pero, según opinión de algunos, ni siquiera con tres hijos tiene derecho a una parte proporcional de los bienes de una liberta muerta con testamento y con cuatro hijos. En cambio, conforme a los términos de la Ley Papia, si la libertad muere intestada, aquélla tiene derecho a una parte proporcional, si muere con testamento tiene el mismo derecho que se concede contra el testamento del liberto, esto es, el que tienen los descendientes masculinos de los patronos contra el testamento del liberto; por más que esa parte de la ley está redactada con poco cuidado.

49.- Antiguamente, antes de la Ley Papia, las patronas no tenían más derecho a los bienes de los libertos que el que la ley de las XII Tablas atribuía a los

patronos. Pero el Pretor no se preocupó de ofrecerles la posesión de la mitad de los bienes contra el testamento del liberto ingrato o ab intestato contra el hijo adoptivo o la mujer o nuera, como había hecho con los patronos y sus descendientes.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL:

Artículo 1940: Para la prescripción ordinaria del dominio y de más derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley.

Artículo 1952: Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate.

Artículo 1950: La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño, y podía transmitir su dominio.

Artículo 1955: El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no ininterrumpida de tres años con buena fe. También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición. En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código.

Artículo 1956: Las cosas hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta.

Artículo 1957: El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.

Artículo 1951: Las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales.

Artículo 433: Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Artículo 434: La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.

Artículo 435: La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

Artículo 436: Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

CASO PRÁCTICO VIII: LOS VINOS QUE SE MEZCLARON

Livio, vinatero de la región de Umbría, propietario de un vino seco muy apreciado en Roma, y Cesio, vinatero de la región de Sicilia, propietario de un vino dulce, querían transportar por más unas cubas de sus respectivos vinos. Al pasar el líquido a los contenedores del barco, se mezclaron por error las cubas de Livio y Teófilo. Se preguntó de quién se hace la mezcla.

CUESTIONES:

1º.- ¿Ante qué supuesto jurídico nos encontramos?

2º.- Señale las acciones y excepciones y quién puede ejercitarlas y frente a quién

3º.- Solución razonada.

TEXTOS: D.41.1.7.8, art. 381 y 382.

D. 41, 1, 7, 8.-

§ 8.- La voluntad de dos dueños que mezclan sus materiales hace común todo lo incorporado, ya si las materia fueran de una misma especie, como si mezclaron vinos, o fundieron plata, ya si diversas, como si uno hubiere aportado vino y otro miel, o uno oro y otro plata, aunque sean especies de un nuevo cuerpo la del muslo y la del electro

CODIGO CIVIL ESPAÑOL:

Artículo 381:

Si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla s verifica por casualidad, y en este último caso no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda ateniendo el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

Artículo 382:

Si por voluntad de uno solo, pero con buena fe, se mezclan o confunde dos cosas de igual o diferente especie, los derechos de los propietarios se determinarán por lo dispuesto en el artículo anterior. Si el que hizo la mezcla o confusión obró de mala fe, perderá la cosa de su pertenencia mezclada o confundida, además de quedar obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la mezcla.

CASO PRÁCTICO IX: DEVOLUCIÓN DE GASTOS

Sibila vendió una casa ajena a Agripina, ésta la compra de buena fe y realiza unos gastos necesarios para la reparación de la fachada y añade un friso sobre la puerta de entrada con una hornacina para añadir una estatua de la diosa Juno. Pasados unos meses, Livia, verdadera propietaria de la casa, regresa de un viaje y reivindica la casa. Agripina pregunta frente a quién y en qué forma puede reclamar la cuantía de los gastos realizados en la casa.

CUESTIONES:

- 1º.- ¿Debe Agripina devolver la casa a Livia? ¿Por qué?
- 2º.- ¿Puede solicitar Agripina la devolución de los gastos realizados? ¿Frente a quién? Distinga según los tipos de gastos.
- 3º.- ¿Qué sucedería si Agripina decide arrancar el friso, con tan mala fortuna que se acaban deteriorando unas pinturas de extraordinario valor?
- 4º.- Livia quiere reclamar los daños que se han producido en el mármol de la casa ¿podrá reclamar estos deterioros a Livia?

Textos:

Artículo 433. *Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.*

Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Artículo 434. *La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.*

Artículo 453. *Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.*

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Artículo 454. *Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.*

Artículo 455. *El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.*

CASO PRÁCTICO X: SERVIDUMBRE DE AGUA SOBRE LOS FUNDOS CONTIGUOS

Había tres fundos contiguos (A, B y C) que pertenecen a varios dueños: Julio, Mario y Cayo. Cayo, dueño del fundo inferior C, había adquirido para su finca una servidumbre de agua sobre el fundo superior A, y conducía el agua a través de un acueducto por el fundo intermedio B con el consiguiente consentimiento de su propietario Mario. Cayo compra posteriormente el fundo superior A a Julio y más tarde vendió el fundo inferior C a Claudio. ¿El fundo inferior C había perdido la servidumbre de agua?

CUESTIONES:

- a) ¿Cuántas servidumbres existen en el caso propuesto?
- b) Cuando Cayo compró a Julio el fundo sirviente A, ¿se consideran extinguidas la o las servidumbres?
- c) Cuando Claudio se hace dueño del fundo dominante C, ¿subsisten las servidumbres?
- d) ¿Qué ocurriría si Cayo, al reunir en propiedad los fundos, deja de utilizar el acueducto creyéndolo innecesario, pero manteniéndolo visible?
- e) ¿Qué ocurre si Cayo, antes de la venta, destruye el acueducto con el propósito de impedir el paso del agua?
- f) ¿Qué ocurre si Cayo ciega la entrada de agua una vez vendido el fundo a Claudio?
- g) Posibles acciones de Claudio frente a el vendedor Cayo y los propietarios de los fundos sirvientes, Cayo y Mario.

TEXTOS A CONSULTAR: D.8.3.31; D.8.3.9; D.8.3.35; C.3.34.13; Pauli Sent. 1.17.1-2. Artículos 530 y ss. del C.c.

D. 8, 3, 31.-

31. Juliano, *Doctrina de Minicio, libro II.-* Había adyacentes tres predios continuados, de tres dueños; el dueño del predio inferior había adquirido del fundo superior la servidumbre de agua para el fundo más bajo, y con consentimiento del dueño conducía a su campo el agua por el fundo intermedio, el mismo compró después el fundo más alto y vendió luego el fundo más bajo, al cual había conducido el agua, se preguntó ¿el fundo inferior había acaso perdido el derecho del agua, porque, habiéndose hecho de un mismo dueño ambos predios, no habrían podido éstos prestarse servidumbre? Respondió que no había perdido la servidumbre, porque el predio por el cual se conducía el agua había sido de otro, y así como al fundo superior no se le había podido imponer la servidumbre, para que el agua llegase al fundo más bajo, de otro modo que siendo también conducida por el fundo intermedio, así tampoco podría perderse la misma servidumbre del propio fundo de otra manera, que habiendo dejado también al mismo tiempo de conducirse el agua por el fundo intermedio, o habiéndose hecho de un solo dueño a la vez los tres predios de todos.

D. 8, 3, 9.-

9. Paulo, *Sentencias, libro I.-* La servidumbre de conducir o de sacar agua no puede constituirse sino desde su nacimiento o desde la fuente; pero hoy suele constituirse desde cualquier lugar.

C. 3, 34, 13.-

13. *El Emperador JUSTINIANO, Augusto, a Juan Prefecto del Pretorio.-* Así como no hemos tolerado que el usufructo, que prescribía por el no uso de dos años para los bienes inmuebles, y de uno para los muebles o semovientes, continuara sujeto a esta breve prescripción, sino que le dimos el espacio de diez o de veinte años, hemos creído que debe observarse esto también en las demás servidumbres, para que todas las servidumbres se pierdan no por el no uso de dos años, atendiendo a que siempre van anejas a bienes inmuebles, sino por el de diez años contra los presentes y de veinte contra los ausentes, a fin de que, borradas las diferencias, sea igual la norma en todas estas cosas. Dada en Constantinopla a 15 de las Calendas de Noviembre, después del consulado de Lampadio y de Oresta, varones esclarecidos [531]

Artículo 530. La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

Artículo 531. También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada.

Artículo 532. Las servidumbres pueden ser continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes.

Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Artículo 533. Las servidumbres son además positivas o negativas. Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Artículo 534. Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen.

Artículo 535. Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Artículo 536. Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales, y éstas voluntarias.

Artículo 541. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

Artículo 546. Las servidumbres se extinguen:

1. Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.
2. Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas.

3. Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior.
4. Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional.
5. Por la renuncia del dueño del predio dominante.
6. Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

CASO PRÁCTICO XI: SERVIDUMBRES URBANAS

El noble Marco adquiere de su vecino colindante Druso una servidumbre de apoyo de muro para su nueva casa y constituye a favor de Cayo una servidumbre de no elevar la edificación. A) Marco pregunta al jurista Labeón si está obligado a reparar la parte de la casa en la que se apoya y si en el futuro puede liberarse de dicha obligación. B) y por otro lado, Druso planta una encina frente a la casa de Cayo que impide las vistas de su vecino. Pasados dos años sin que éste proteste, Druso alega que la servidumbre se ha extinguido e inicia las obras para construirse un nuevo piso. Cayo quiere saber si se puede paralizar de alguna manera la obra que considera injusta.

CUESTIONES

- a) Señale las instituciones y reglas.
- b) Las acciones y excepciones.
- c) Solución razonada.

TEXTOS A CONSULTAR: a) Ulpiano, D.8.5.6.2; Paulo, D.8.2.33; b) Pomp., D.8.2.7; Javol. D.8.2.12; D.8.2.11.

D. 8, 5, 6, 2.-

§ 2.- También respecto de la servidumbre, que se hubiere impuesto para que se soporte la carga, nos compete acción, así para que soporte la carga, como para que repare los edificios de la manera que se expresó al imponerse la servidumbre. Y opina Galo, que no puede imponerse servidumbre para que alguien sea obligado a hacer alguna cosa, sino para que no me prohíba hacer; porque en todas las servidumbres la reparación corresponde a aquel que afirma que es suya la servidumbre, no a aquel cuya cosa es la sirviente. Pero en la especie propuesta prevaleció el dictamen de Servio, de que cualquiera pueda defender, que tiene derecho para obligar al adversario a reparar la pared para que soporte su carga. Mas escribe Labeon, que esta servidumbre no la deben la persona, sino la cosa, y que finalmente es lícito al dueño abandonar la cosa.

D. 8, 2, 33.-

33 [32]. Paulo, *Epitome del Digesto de Alfeno, libro V.-* Aquel de quien fuesen las casas, que prestasen servidumbre, debe reponer la columna que sostenía la carga de las casas vecinas, no aquel que quiera cargar sobre ella; porque cuando en el pacto de las casas se hubiese escrito de este modo: "la pared que ha de soportar la carga permanezca tal como está ahora", se significa con bastante claridad, que la pared debe permanecer siempre; pues con estas palabras no se dice que la misma pared sea perpetuamente eterna, lo que ciertamente no podría suceder, sino que esté perpetuamente del mismo modo la pared que sostuviera la carga. A la manera que si uno hubiese pactado con otro, que le prestase la servidumbre de que él sustentara su carga, si la cosa que presta la servidumbre y soportare su carga hubiese perecido, deberá darse otra cosa en su lugar.

D. 8, 2, 7.-

7 [6] Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio, libro XXVI*, Mas lo que se dice que puedo conseguir para un edificio mío, que yo gané por usucapión su libertad, dice Mucio que no lo conseguiré lo mismo, si yo hubiese tenido plantado un árbol en el mismo lugar; y con razón, porque el árbol no permanecería en su estado y lugar, así como la pared, por el natural movimiento del árbol.

D. 8, 2, 11-12.-

11 [10] Ulpiano, *Del cargo de Cónsul, libro I.-* El que quiera perjudicar a las luces de los vecinos, o hacer otra cualquier cosa contra la comodidad de éstos, ha de saber que debe conservar la forma y el estado de los edificios antiguos.

§1.- Si entre ti y tu vecino no se convino hasta qué altura deban levantarse los edificios, que determinaste construir, podrás nombrar árbitro.

12 [11].- Ulpiano, *Doctrina de Cassio, libro X.-* Los edificios que están gravados con la servidumbre de que no se levanten más alto, pueden tener jardines sobre aquella altura; pero si la servidumbre es la de vista, y aquellos la han de impedir, no pueden.

CASO PRÁCTICO XII: PLURALIDAD DE HIPOTECAS

Mevio hipotecó el fundo Corneliano a favor de Mario para garantizarle la devolución de un préstamo de dinero; posteriormente hipotecó el mismo fundo a favor de César. Después Rómulo prestó dinero a Mevio para que devolviese el préstamo a Mario. Además, Mevio tenía una deuda tributaria vencida y pendiente con el Fisco. Se preguntó quién tiene derecho a cobrarse primero sobre la cosa hipotecada.

CUESTIONES:

- A) Señale las instituciones y reglas que aparecen en el supuesto de hecho
- B) Señales las acciones y excepciones de los distintos implicados en el caso.
- C) Solución razonada.

D. 49, 15, 12, 12.-

§ 12.- Si un esclavo había sido dado en prenda antes de su cautiverio, vuelve a la antigua obligación después de pagado el que lo rescató; y si el acreedor le hubiere ofrecido al que lo rescató la cantidad por que fue rescatado, tiene la obligación tanto por causa más propia de la deuda, cuanto por la suma por la que lo libró, como por aquella obligación introducida por cierta Constitución, para cuando el acreedor posterior satisface al anterior para confirmar su propia prenda; sino que en este caso la cosa es a la inversa, y el posterior, que para nosotros sería el primero, porque hace esclavo a aquel como si estuviese en nuestro poder, debe ser pagado, por el que fue anterior en tiempo, como más débil.

C. 8, 18, 4.-

4. *El emperador ANTONINO a Varo.*- Si recibiste en prenda el fundo antes que fuese obligado a favor de la república, así como eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho (*sicut prior in tempore, ita potior es iure*). Publicada a 5 de los Idus de Octubre, bajo el cuarto consulado de Antonino, Augusto, y el de Balbino [213].

CASO PRÁCTICO XIII: EL COLONO HIPOTECA LOS APEROS Y EL GANADO

En estos casos aparentemente iguales, los juristas dan soluciones distintas, señale por qué

A.- Si un colono acordó que todos los efectos que introdujese en la finca arrendada y todo lo que naciese en la misma quedaran en prenda y antes de introducirlos hubiese dado las mismas cosas en hipoteca a otro acreedor y luego los hubiera introducido en el fundo ¿Quién tendrá preferencia el arrendador de la finca o el otro acreedor?

B.- El arrendatario de una casa de baños a partir de las próximas calendas de Julio acordó que el esclavo Stico quedara pignorado como garantía a favor del arrendador hasta el pago del alquiler y, sin embargo antes de dicha fecha, dio en prenda ese mismo esclavo a otro acreedor por el préstamo de una cantidad de dinero. Por ello se pregunta a Africano si el magistrado debe proteger al arrendador contra el segundo acreedor si reclamase al esclavo Stico.

CUESTIONES:

1º.- Señale las instituciones y reglas, las acciones y excepciones y la solución argumentada en cada caso. (Pomp. D.20.2.7.pr.; Marc. D.20.2.2)

2º.- Consulte las soluciones dadas por Gayo y Juliano en cada caso respectivamente, coméntelas y busque la argumentación jurídica que utilizan los juristas en cada caso ¿qué solución le parece más acertada? Gayo, D.20.4.11.2 y Africano, D.20.4.9.pr.

D. 20, 2, 2.-

2. Marciano, *Comentarios a la fórmula hipotecaria, libro único*.- Escribe Pomponio en el libro cuadragésimo de sus Lecturas varias: no solamente por los alquileres, sino también si con culpa suya hubiere deteriorado la habitación el inquilino, contra quien se ejercitare por este motivo la acción de locación, estarán obligadas en prenda las cosas llevadas e introducidas.

D. 20, 2, 7 pr.-

7. Pomponio, *Doctrina de autores varios, libro XIII*.- En los predios rústicos, los frutos que en ellos nacen se entiende que tácitamente los tiene en prenda el dueño del fundo arrendado, aunque expresamente no se hubiere convenido esto.

§ 1. Se ha de ver, si no estarán en prenda todas las cosas llevadas o introducidas, sino sólo aquellas que hubieren sido llevadas para que estén allí; lo que es más cierto.

D. 20, 4, 9, pr.-

9. Africano, *Cuestiones, libro VIII*.- Uno que había tomado en arrendamiento un baño desde las próximas calendas, había pactado que el arrendamiento tuviese prenda al esclavo Eros hasta que se pagasen los alquileres; el mismo antes de las calendas de Julio dio en prenda a otro al mismo Eros por dinero que se le había prestado; habiendo sido consultado si contra este acreedor, que reclamaba Eros, debería el Pretor amparar al arrendador, respondió, que debía; porque aunque el esclavo hubiese sido dado en prenda a tiempo en que no se debiese todavía cosa alguna por el arrendamiento, sin embargo, habiendo comenzado a esta ya entonces Eros en estado de que con él no pudiera pagarse el derecho de prenda contra la voluntad del arrendador, ha de ser considerada mejor la condición de este.

D. 20, 4, 11, 2.-

11. Gayo, *De la fórmula hipotecaria, libro único*

§ 2.- Si convino el colono que estuviesen en prenda las cosas introducidas en el fundo, las llevadas a el, y las en el nacidas, y antes que la introduzca hubiere obligado a otro la cosa a título de hipoteca, y luego después la hubiere introducido en el fundo, será preferido el que la recibió especialmente sin condición, porque no se obliga por la convención dineraria, sino porque fue introducida la cosa, lo cual se hizo después.

6.2.- OBLIGACIONES Y CONTRATOS



CASO PRÁCTICO XIV: COMPRAVENTA EN EL MERCADO

Julio fue al mercado y compró⁴⁸ una yunta de bueyes y unas camas para su hospedería. Comprador y vendedor acordaron: 1º.- que el precio de la yunta sería abonado en dos plazos, pactando que si llegado el término establecido no se pagaba la cantidad debida, la venta se tendría por no realizada. 2º.- que las camas serían entregadas al día siguiente en el domicilio de Julio.

La yunta de bueyes fue reivindicada por Alejandro, demostrando en juicio que era de su propiedad

Por otro lado, las camas habían sido retiradas de la vía pública por mandato del edil y en el traslado habían sufrido serios desperfectos, pues Antonio había ido a entregar las camas y al no encontrar al comprador en casa las dejó en la puerta “pensando que regresaría pronto”.

CUESTIONES:

1º.- Señale las distintas figuras jurídicas que se identifican en el caso práctico.

2º.- ¿Adquirió Julio la propiedad de las cosas compradas?, ¿en qué momento?

3º.- Si vencido el segundo plazo para el pago del precio de los bueyes, Julio no paga ¿qué puede hacer el comprador para hacer valer el acuerdo?

4º.- ¿Ante qué supuesto nos encontramos cuando Alejandro reivindica los bueyes? ¿Vendrá obligado a devolverlos al propietario? ¿Por qué? ¿Tiene el comprador alguna acción frente al vendedor?

5º.- En cuanto a las camas ¿cumplió el vendedor con la obligación de entregar las camas en el domicilio del comprador?

6º.- ¿Quién debe soportar la pérdida de las camas?

7º.- Si se demuestra que el edil actuó de forma arbitraria, ¿se podría ejercitar alguna acción contra él? ¿Quién estaría legitimado para ejercitarla?

⁴⁸ La comprensión por parte de nuestros estudiantes del contrato de compraventa consensual con efecto obligacional, creación del genio jurídico romano, es –en mi opinión– esencial. La regulación de la compraventa en nuestro ordenamiento se realiza bajo el patrón del derecho romano y es importante destacar las razones históricas que así lo configuran. Para evitar el excesivo dogmatismo en la solución del caso, se puede recomendar a los estudiantes alguna lectura que les de las claves de la evolución de este contrato en derecho intermedio. En concreto yo les aconsejo la lectura de un artículo de Roca Sastre, R. M^a, “La venta de cosa ajena”, *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1948; y algunas páginas seleccionadas de García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1952, por su importancia en la explicación de los artículos de nuestro Código Civil y alguna sentencia del Tribunal Supremo en el que se apliquen los principios de origen romano tales como *periculum est emptoris*, *nemo dat quod non habet*, etc...

TEXTOS: D., 18,6,13 y D., 41,2,18,2.

D. 41, 1, 31, 1. (Paulo, l. 31 de los Comentarios al Edicto) *La nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiera precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega.*

D.18.6.13 (Juliano, l.5 Comentarios a Sabino).- *y que él habrá de tener contra el edil, si aquello no lo hubiese hecho con derecho, la acción de la ley Aquilia, o que ciertamente se ha de ejercitar contra el vendedor la de compra, para que éste ceda sus propias acciones, que hubiese tenido contra el edil.*

D.41.2.18.2. (Celso, l.23 Digesto).- *Si yo le hubiere mandado al vendedor que deposite en mi casa lo que le hubiere comprado, es cierto que poseo, aunque nadie haya tocado todavía la cosa; o si habiendo yo comprado un fundo vecino el vendedor me lo señalara desde mi torre y dijese que él me entregaba la vacua posesión, comienzo a poseerlo, no de otra suerte que si yo hubiese puesto el pie dentro de sus linderos.*

CÓDIGO CIVIL

Artículo 1445. *Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*

Artículo 1450. *La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.*

Artículo 1461. *El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta.*

Artículo 1462. *Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.*

Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

Artículo 1468. *El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.*

Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato.

Artículo 1474. *En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador:*

1. De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.

2. De los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Artículo 1475. *Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.*

Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor.

Artículo 1476. Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte.

Artículo 1480. El saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma.

Artículo 1481. El vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento.

Artículo 1482. El comprador demandado solicitará, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento civil señala para contestar a la demanda, que ésta se notifique al vendedor o vendedores en el plazo más breve posible.

La notificación se hará como la misma ley establece para emplazar a los demandados.

El término de contestación para el comprador quedará en suspenso ínterin no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalen al vendedor o vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada Ley de Enjuiciamiento civil, contados desde la notificación establecida por el párrafo primero de este artículo.

Si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará, respecto de la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma.

SOLUCIÓN

Es importante destacar que la compraventa en derecho español se construye bajo el patrón del derecho romano y de ahí el paralelismo que existe entre una y otra regulación. Se puede aprovechar para explicar a los estudiantes los tres sistemas de transmisión de la propiedad y su origen en el derecho romano.

1º.-

- a) Compraventa de una yunta de bueyes

Compraventa de unas camas

La compraventa es un contrato consensual, bilateral perfecto y de buena fe por el que una persona, denominada vendedor (*venditor*) se obliga a entregar a otra (comprador, *emptor*) la posesión pacífica de una cosa a cambio de la entrega de la propiedad de una cantidad de dinero, denominado pretium. La compraventa se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Según Gayo, una vez las partes se hallan puesto de acuerdo en el precio (Vid. art. 1450 C.c.)

- b) Pacto de *lex commissoria*: es un pacto añadido a la compraventa con pago del precio aplazado por el que las partes acuerdan que si llegado el plazo establecido el vendedor no paga la venta se tendrá por no realizada.
- c) Pacto añadido a la compraventa por el que las partes acuerdan que la entrega de las camas se hará al día siguiente en el domicilio del comprador.
- d) Propiedad de los bueyes, que pertenecen a Alejandro.
- e) Evicción: Se produce la evicción cuando un tercero ejercita en juicio la acción reivindicatoria o cualquier otra acción real probando en juicio que es el propietario o que tiene cualquier otro derecho real sobre la cosa vendida (El artículo 1475 del C.c. recoge el concepto de evicción).
- f) *Periculum est emptoris*: si la cosa perece sin culpa del vendedor, por caso fortuito o fuerza mayor, debemos preguntarnos quién de las dos partes contratantes debe soportar la pérdida patrimonial, el llamado *periculum* o riesgo de pérdida de la cosa. Los juristas romanos indicaron que el riesgo lo soportar el comprador. Será importante explicar a los estudiantes el fundamento de este principio (*commodum* e *incommodum* de la cosa vendida). En derecho español no existe artículo alguno que recoja este principio pero la doctrina y la jurisprudencia consideran que está vigente en nuestro ordenamiento.
- g) *Damnum iniuria datum* o daño injustamente causa en patrimonio ajeno.

2.-

La compraventa consensual romana con efecto obligacional no transmite la propiedad de la cosa vendida. El vendedor no está obligado a transmitir la propiedad de la misma, sino que las fuentes hablan de *possessione tradere*, es decir deberá transmitir la posesión de la cosa y responder por evicción o, dicho de otro modo, entregar la posesión pacífica de la cosa y

mantener en ella al vendedor hasta que se produzca la adquisición de la propiedad por usucapión, en otro caso, vendrá obligado a responder por evicción.

Para la transmisión de la propiedad, en Derecho romano era necesario que a la compraventa (título) le acompañe un modo: la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio* (y que el transmitente sea propietario de la cosa que intenta transmitir porque *nemo dat quod non habet, nadie da más de lo que tiene*).

En relación con los bueyes y el caballo, que son considerados *res Mancipi* (-según indica Gayo- son considerados *res Mancipi los animales que se doman por el cuello*) para transmitir la propiedad las partes debían celebrar una *mancipatio* o una *in iure cessio*. La *in iure cessio* desapareció relativamente pronto; según Gayo, en su época ya era poco utilizada por su complejidad. Y la *mancipatio* desaparece en época postclásica. Ni la una ni la otra se mencionan en el Digesto al haber sido interpoladas por *traditio*.

En época postclásica y justiniana bastaría con **el título**, la compraventa, y **el modo**, la entrega o *traditio*.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, no se habría transmitido la propiedad ni del caballo ni de la yunta de bueyes porque no celebraron la ***mancipatio*** (falta el modo).

Incluso, aunque se hubiese realizado la *mancipatio*, en el caso de la yunta de bueyes, no se habría transmitido la propiedad porque falta el otro requisito, el vendedor no es propietario de la cosa que entrega y *nemo dat quod non habet*.

- En cuanto a las camas son consideradas *res nec Mancipi* por tanto transmisibles por tradición, de modo que habrá que establecer, si en el caso que nos ocupa, se produjo la entrega de las camas (hay que recordar que las dejó en la puerta de la casa del comprador, pensando que regresaría pronto)

En Derecho español se regula la obligación de entrega y saneamiento de modo semejante a lo que se ha indicado, de modo que la compraventa, por sí misma considerada no transmite ni obliga a transmitir la propiedad de la cosa vendida. Así el artículo 1461 del C.c. indica que *el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta* y el artículo 1462 señala que *se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador*. El artículo 1474 insiste en decir que *en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador: 1. De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2. De los vicios o defectos ocultos que tuviere*.

En nuestro ordenamiento rige la **teoría del título y el modo** para la transmisión de la propiedad a título derivativo (art. 609 del C.c.). Aunque la teoría fue –como tal– formulada en el s. XVI por Juan Apple, únicamente plasma una forma de transmitir que ya regía en Derecho Romano.

3º.-

En el caso propuesto hay un pacto de *lex commisorio*, para hacerlo valer el vendedor puede ejercitar la propia acción del contrato, la *actio venditi*, que al ser una acción de buena fe podrá ejercitarse para hacer valer cualquier acuerdo añadido al contrato. Con ella podrá pedir la devolución de la cosa vendida a cambio de la devolución del precio.

Véase en relación con el derecho español los artículos 1504, en relación con los artículos 1124 y 1125 del Código civil

4º.-

Es un caso de evicción que se produce cuando un tercero prueba en juicio que es el propietario o que tiene cualquier otro derecho real sobre la cosa vendida. En Derecho romano, una vez finalizada la evolución del contrato de compraventa, de la evicción se responde siempre salvo pacto en contrario de los partes (pactum de non praestandae evictione). Tampoco, se debe olvidar que, en Derecho romano, del dolo se responde siempre, siendo nulo el pacto por el que las partes se eximen de responder cuando medie dolo (el pactum de non petendo dolo).

Para nuestro ordenamiento, véase el artículo 1475, que en el mismo sentido que se indica establece: *Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor. Y el artículo 1476 exceptúa: Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte.*

En el caso propuesto, Alejandro reivindica los bueyes de quien los tiene en su poder, en este caso Julio que deberá notificar al vendedor que está siendo objeto de la reclamación para que pueda acudir a juicio y defenderse. Julio, como comprador, podrá ejercitar la *actio empti* frente al vendedor para exigirle responsabilidad por evicción (siempre que haya notificado al vendedor).

Los deberes de notificación al vendedor a *instancia del comprador* están recogidos en los artículos 1481 y 1482 del C.c. (artículos muy criticados por su ubicación en el C.c en lugar de estar recogidos, como requisitos de derecho procesal, en la Lec.)

5º.- Del contrato de compraventa surgen obligaciones para las partes, la principal del comprador es pagar el precio y, por su parte, el vendedor viene obligado a entregar la cosa vendida. En el caso planteado ambas partes acordaron entregar la *merx* al día siguiente en casa del comprador. Hay que recordar que hasta el momento de la entrega el vendedor responde por custodia de la cosa vendida. Por otra parte, si quedaron en un lugar y hora concreta para el cumplimiento de la obligación se podría entender que hay mora del comprador.

La cuestión es determinar si se produjo la entrega de las camas, tal y como habían acordado el día anterior.

En cuanto al código civil español, recoge las obligaciones de las partes en el artículo 1445 y en el 1450

6º-

El principio general es que el riesgo lo soporta el comprador, *periculum est emptoris*. Pero el vendedor debe custodiar la cosa hasta el momento de la entrega. Si consideramos que el vendedor actuó con falta de cuidado o negligencia, la pérdida deberá soportarla el comprador. Si, por el contrario, defendemos que el vendedor actuó de buena fe y que el comprador incurrió en mora o no actuó conforme a la buena fe, el riesgo lo soportará el comprador.

En nuestro ordenamiento, aunque ningún artículo del Código civil recoge el principio *periculum est emptoris*, la doctrina civilista coincide en afirmar que está vigente en nuestro ordenamiento.

7º.- El edil es una magistratura que hizo las veces de policía de la ciudad y de los mercados. Si el edil actuó de forma arbitraria estaremos ante un caso de daño injustamente causado en patrimonio ajeno, *damnum iniuria datum*. Es necesario que el daño sea injustamente causado (*iniuria*) no obra contra derecho quien actúa en legítima defensa, estado de necesidad o en el ejercicio de su función; que se produzca un daño en el patrimonio ajeno, daño que originariamente debía ser directo -*damnum corpore corpori*, dicen las fuentes- y, posteriormente, también se admitió el daño producido de forma indirecta -*damnum corpori datum*- siempre que existiera una relación de causalidad entre el hecho y el resultado. Finalmente se exigía que el daño se produjera mediando culpa o dolo.

El que sufra las pérdidas de las cosas podrá ejercitar la *actio legis Aquiliae* frente al edil.

CASO PRÁCTICO XV: DEVOLUCIÓN DE GASTOS

Hortensia vendió una casa ajena a Agripina, ésta la compra de buena fe y realiza unos gastos necesarios para la reparación de la fachada y añade un friso por puro placer estético sobre la puerta de entrada con una hornacina para añadir una estatua de la diosa Juno. Pasados unos meses, Livia regresa de un viaje a Atenas y reivindica la casa. Agripina pregunta sobre las acciones a ejercitar frente a Hortensia y frente a quién y en qué forma puede reclamar la cuantía de los gastos realizados en la casa.

Textos:

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Artículo 433. *Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.*

Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Artículo 434. *La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.*

Artículo 453. *Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.*

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Artículo 454. *Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.*

Artículo 455. *El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.*

SOLUCIÓN

LIVIA: propietaria de la casa

HORTENSIA: Vendedora de cosa ajena.

AGRIPINA: compradora y poseedora de buena. Realiza una serie de gastos.

1) Instituciones y reglas que aparecen en este caso:

- Propiedad: la casa pertenece a Livia que ejercita la acción reivindicatoria para recuperarla.
- Compra-venta: contrato consensual en el que hay un cambio de una cosa por un precio. En derecho romano es válida la venta de cosa ajena, si bien el vendedor viene obligado a entregar la posesión pacífica de la cosa y a mantener al comprador en su posesión hasta que adquiera la propiedad de la cosa vendida, en otro caso, responderá por evicción (Véase lo dicho sobre este contrato en los casos 6 y 7)
- Posesión de buena fe por parte de Agripina. La buena fe es un elemento subjetivo, consiste en la creencia de estar poseyendo la cosa sin lesionar derechos de terceros.
- Gastos o impensas realizados por Agripina. Los gastos pueden clasificarse en necesarios, útiles y de lujo. En el caso habrá que ver si qué tipo de gastos realiza Agripina y las reglas de devolución de los mismos en relación con los poseedores de buena fe.
- Evicción: Se produce cuando un tercero le reclama al comprador y consigue probar en juicio la propiedad o cualquier otro derecho real sobre la cosa vendida. En este caso, la compradora podrá reclamar por la acción que surge del propio contrato, *actio empti*, la responsabilidad por evicción frente a la vendedora, siempre que le haya notificado previamente la reclamación de la que estaba siendo objeto.

2) Acciones y excepciones. Remedios procesales o extraprocesales.

- Acción reivindicatoria. Livia podrá ejercitar la acción reivindicatoria frente a Agripina (poseedora no propietaria) para pedir la devolución de su casa o su valor.
- Acción de compra. Agripina podrá dirigirse frente a la vendedora, Hortensia, para pedirle responsabilidad por evicción, siempre que haya habido previa notificación podrá conseguir la devolución del precio de la cosa y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.
- Acción de venta. Es la acción de la que dispone Hortensia, vendedora, para conseguir el pago del precio o cualquier otra obligación que derive del contrato. En este caso no procede.

3) Solución razonada:

El problema principal que plantea el caso es si Agripina tiene derecho a la devolución de los gastos realizados en la casa. En concreto realiza unos gastos necesarios o de conservación de la fachada y unos gastos de mero embellecimiento o lujo. Según el Derecho romano clásico Agripina tiene derecho a la devolución de los gastos realizados en la casa y lo conseguirá

por una vía indirecta: reteniendo la cosa en su poder (*ius retentionis*) por la vía de la excepción de dolo frente a la acción de Livia, hasta que le sean devueltos los gastos realizados. En derecho justiniano tiene la posibilidad de retirar los adornos colocados (*ius tollendi*) siempre que dicha retirada no produzca daños en la cosa principal.

En nuestro ordenamiento, el artículo 453, reconoce el derecho de cualquier poseedor, tanto de buena como de mala fe, a la devolución de los gastos necesarios pero advierte que sólo el poseedor de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. En cuanto a los gastos de puro lujo o mero recreo, el artículo 454 indica que no serán abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado

CASO PRÁCTICO XVI: LA BIBLIOTECA QUE NO SE ENTREGÓ

Celso, propietario de una rica biblioteca, piensa en desprenderse de ella al escuchar una tentadora oferta de Claudio consistente en el abono de 100000 sesteracios. Por medio de uno de sus esclavos, Celso manda un mensaje a Claudio en el que se lee que acepta la oferta y que puede ir a recoger la biblioteca cuando quiera. Claudio entrega los 100000 sesteracios al esclavo que se los lleva a su dueño.

Al día siguiente, antes de ir a casa de Celso a recoger la biblioteca, Claudio realiza un nuevo negocio con Valerio consistente en que este último recibirá la biblioteca en el plazo de tres días a cambio de una pulsera de diamantes y dos collares de perlas. Una vez entregadas las joyas por Valerio, se declara un violento y incendio en la casa de Celso debido a una tormenta eléctrica y la biblioteca se quema.

CUESTIONES:

- 1º.- Señale las distintas instituciones y reglas jurídicas que aparecen en el supuesto de hecho.
- 2º.- ¿Qué negocio realizan Celso y Claudio? ¿En qué momento se perfecciona dicho negocio? ¿Adquirió Claudio la propiedad de la biblioteca?
- 3º.- Señale el grado de responsabilidad de Celso hasta el momento de la entrega de la biblioteca e indique quién sufrirá la pérdida patrimonial de la biblioteca.
- 4º.- ¿Qué negocio celebraron Claudio y Valerio? ¿Se hizo Claudio propietario de las joyas entregadas?
- 5º.- ¿Puede hacer algo Valerio para recuperar las joyas que entregó a Claudio? ¿De qué acciones dispone y con qué finalidad puede ejercitarlas?

TEXTOS:

D.19.5.2 (Celso, l.8 Digesto).- *Porque cuando falten los nombres vulgares y usuales de las acciones, se ha de ejercitar la de praescriptis verbis.*

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Artículo 1446. Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.

Artículo 1538. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

Artículo 1539. Si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió.

Artículo 1540. El que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar el derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella con buena fe por un tercero.

Artículo 1541. En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta.

SOLUCIÓN:

1º.-

Celso: es el propietario de la biblioteca y vendedor de la misma.

Claudio es el comprador de la biblioteca y llega a un acuerdo de permuta con Valerio.

Valerio es el permutante de la biblioteca.

- a) Propiedad. La biblioteca pertenece a Celso.
- b) Compraventa. Contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. El consentimiento puede ser manifestado de cualquier modo, incluso a través de gestos concluyentes por medio de carta, mensajero o nuncio.
- c) Permuta. Es el cambio de una cosa por otra. Calificado como contrato innominado del tipo *do ut des*, consiste en el acuerdo de entregar la propiedad de una cosa a cambio de la entrega de la propiedad de otra. Se puede explicar a los estudiantes la discusión entre sabinianos y proculeyanos, los primeros consideraban que cualquier cosa podía constituir el precio en la compraventa para los segundos el precio siempre debía consistir en dinero. La opinión de los proculeyanos es la que prevaleció en Derecho justiniano. En derecho español, el artículo 1446 admite que el precio puede consistir parte en dinero y parte en otra cosa, dejando en este caso que la calificación del contrato se realice por la intención manifiesta de las partes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.
- d) Fuerza mayor. Pérdida de la biblioteca.
- e) *Periculum est emptoris*. El riesgo de pérdida de la cosa la soporta el comprador.

2º.-

Un contrato de compraventa que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Según indica Gayo, cuando las partes se ponen de acuerdo en el precio de la cosa.

En nuestro ordenamiento, de igual manera, el art. 1450 C.c. indica que el contrato de compra y venta se perfecciona por el mero consentimiento de las partes aunque ni lo uno ni lo otro se haya entregado todavía.

Sin embargo, Claudio no adquirió la propiedad de la misma porque era necesario que las partes celebraran uno de los modos establecidos por el ordenamiento para la transmisión de la propiedad: *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*. En este caso, la biblioteca se considera una *res nec mancipio* y, en época clásica debería realizarse una *in iure cessio* o una *traditio*. Posteriormente, bastaría la mera entrega con los requisitos establecidos por el ordenamiento [que el que entrega sea propietario, pues nadie puede dar más de lo que tiene (*nemo dat quod non habet*), entrega material o ficticia de la cosa, intención de adquirir y transmitir la cosa y justo título].

En derecho español rige el principio del título y el modo (art. 609 del C.c.). Es necesario el título y el modo, la entrega de la cosa.

2º) La cosa perece por caso fortuito lo que extingue la obligación de entregar la cosa determinada, no así si la obligación fuera de entregar cosas fungibles pues *genus non perit*. El vendedor responde por custodia hasta el momento de la entrega de la cosa pero no por *vis maior* o *casus*.

3º.- El principio general, cuando se produce una pérdida patrimonial sin que medie comportamiento antijurídico por parte de los contratantes, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor, se dice que la cosa perece para su propietario, pero en la compraventa rige el principio *periculum est emptoris* que quiere decir que la cosa perece para el comprador que deberá pagar el precio aunque no reciba la cosa. El principio fue explicado por los juristas romanos del modo siguiente: si el comprador tiene derecho a todos los frutos y acciones que produzca la cosa desde el perfeccionamiento del contrato (*commodum*) parece justo que soporte también el *incommodum*.

En nuestro ordenamiento rige el mismo principio. Si bien no hay ningún precepto que así lo recoja en el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia consideran que está vigente en derecho español. En este sentido, se puede consultar el artículo 1468 del Cc. donde se dice que *el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato*.

4º.- En la permuta, cambio de una cosa por otra, las partes se obligan a entregarse recíprocamente la propiedad del objeto. De modo, que Claudio sí adquirió la propiedad de la joyas por medio de la entrega de las mismas (recordar los requisitos de la *traditio* como modo de transmitir la propiedad).

En relación con la regulación actual de la permuta véase el art. 1538, donde se indica que la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra y el artículo 1540 que otorga la posibilidad de que el permutante que pierda la cosa por evicción, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar el derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella con buena fe por un tercero.

5º.- Valerio podrá recuperar las joyas, originariamente a través de la *condictio causa data non secuta* y posteriormente, a través del ejercicio de la acción de palabras prescrites que sirve para exigir el cumplimiento de la contraprestación por la otra parte (en este caso esto no es posible porque la cosa pereció) o la devolución de la cosa entregada.

CASO PRÁCTICO XVII: ANIMUS FURANDI

Sempronio, que tenía aficiones toreras, se puso delante de un rebaño de toros y sacando un trapo rojo hizo huir al ganado, que fue a parar a manos de unos ladrones que se lo apropiaron. El propietario pregunta sobre la responsabilidad de Sempronio y a través de qué acción puede obrar.

CUESTIONES:

- A) Instituciones y reglas
- B) Acciones y excepciones
- C) Solución razonada

TEXTOS: Ulp. D.47.2.50.4; Gayo 3.202; Gayo D.47.2.51

Textos:

Ulp. D.47.2.50.4:

Hay la acción de hurto contra el que presenta un paño rojo y pone en fuga el ganado, de modo que caiga en poder de los ladrones, si verdaderamente lo hizo con dolo malo; pero aunque esto no lo haya hecho para que se cometa hurto, no debe quedar impune juego tan pernicioso; y por esto escribe Labeón, que se ha de dar la acción por el hecho.

Gayo D.47.2.51:

Porque también si el ganado se hubiera echado por un precipicio, se dará como por la ley Aquilia la acción útil de daño con injuria.

Gayo 3.202;

A veces es reo de hurto el que no lo cometió personalmente, como ocurre con el cómplice. En este caso está el que sacude tus monedas para que las atrape otro, o te entretiene para que otro te robe, o dispersa tus ovejas o tus bueyes para que otro se apodere de ellos. Así está escrito en los autores antiguos respecto al que espanta el ganado con una tela roja. Pero si se hace esto, no con la intención de favorecer el hurto, sino por diversión, quizá haya que dar una acción útil, ya que la ley Aquilia, que se refiere a los daños en las cosas, también castiga la simple culpa.

CASO PRÁCTICO XVIII: DAMNUM INIURIA DATUM

Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno (Mevio) habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero (Antonio) de tal modo que a un esclavo (Estico), al que el barbero estaba afeitando, le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado cualquiera de los que fuesen culpables

CUESTIONES:

- A) Instituciones y reglas
- B) Acciones y excepciones
- C) Solución razonada

TEXTOS: D.9.2.11.pr; D.9.2.9.4; D.9.2.10

Ulpiano, D.9.2.9.4 :

Pero si tirando unos el dardo por diversión, hubiere sido muerto un esclavo, ha lugar a la ley Aquilia. Mas si cuando tirando otros el dardo en el campo, el esclavo hubiere pasado por aquel lugar, deja de ser aplicable la ley Aquilia, porque no debió pasar intempestivamente por el campo de tiro de dardo; pero el que de intento dirigió contra él el dardo, quedará ciertamente obligado por la ley Aquilia.

Paulo, D.9.2.10:

Porque también el juego que causa daño es culpable.

Ulpiano, D.9.2.11.pr:

Asimismo, escribe Mela, que si jugando algunos a la pelota, uno, habiéndole dado con más fuerza, la hubiere lanzado contra las manos de un barbero, y de esta manera hubiera sido cortado, habiéndose hundido la navaja, el cuello del esclavo, que el barbero tenía, cualquiera de ellos que tuviera la culpa queda sujeto a la ley Aquilia. Próculo dice, que la culpa es del barbero. Y, si a la verdad, si afeitaba allí donde por costumbre se jugaba, o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para que se le impute; aunque tampoco se diga sin fundamento, que si alguno se hubiere confiado a un barbero que tuviera la silla en un sitio peligroso, debe quejarse de sí mismo.

CASO PRÁCTICO XIX: DELITO DE LESIONES

Mevio era un niño libre e hijo de familia que trabajaba como aprendiz de un zapatero. Un día, su maestro, preso de la ira porque Mevio no hacía bien lo que le había enseñado, le golpeó y le sacó un ojo.

¿Qué acción se puede utilizar contra el zapatero?

CUESTIONES :

- A) Instituciones y reglas
- B) Acciones y excepciones
- C) Solución razonada

TEXTOS: D.19.2.13.4; D.9.2.5.3; D.9.2.7.pr; D.9.2.6.

Ulpiano, D.9.2.5.3 :

Si enseñando hubiere el maestro herido o matado a un esclavo, ¿quedará obligado por la ley Aquilia, cuál si hubiere causado el daño con injuria? Y escribe Juliano, que queda obligado por la ley Aquilia el que enseñándolo había dejado tuerto al discípulo; luego con mucha más razón se habrá de decir lo mismo si lo hubiere matado. Pero propónese él este caso: un zapatero, dice, a un niño aprendiz, ingenuo, hijo de familia, que no hacía muy bien lo que le había enseñado, le dio un golpe en la cerviz con la horma de un zapato, de tal suerte que al niño le vació un ojo; y por ello dice Juliano, que no compete ciertamente la acción de injurias, porque no le había dado el golpe para inferirle injuria, sino con objeto de reprenderle y de enseñarle; pero duda si la de arrendamiento, porque al que enseña le es permitido tan solo un leve castigo. Pero no dudo que puede ejercitarse la acción de la ley Aquilia.

Paulo, D.9.2.6 :

Porque la demasiada crueldad de un preceptor se considera como culpa.

Ulpiano, D.9.2.7.pr :

Por cuya acción dice que habrá de conseguir el padre lo que por el trabajo de su hijo haya de percibir de menos por causa del ojo inutilizado y de los gastos que hubiere hecho para su curación.

Ulpiano, D.19.2.13.4 :

Asimismo escribió Juliano en el libro octogésimo sexto del Digesto, que si un zapatero hubiere dado a un aprendiz, que no lo hacía muy bien, un golpe en la cerviz con la horma del zapato, con tanta vehemencia que le saltase un ojo, tiene su padre la acción de locación; porque aunque se haya concedido a los maestros la leve corrección, sin embargo, éste no guardó moderación; pero arriba dijimos que también le compete la acción de la ley Aquilia. Mas dice Juliano, que no compete la acción de injurias, porque esto no se hizo por causa de inferir injuria, sino por enseñar.

CASO PRÁCTICO XX: EL DEPÓSITO DEL LADRÓN

Seyo, al ponerse de camino para ir a visitar a su hermano, depositó en Ticio, que ignoraba la malicia del depositante, una vajilla de plata que había sustraído de casa de Léntulo, acordando con Ticio: "me la restituirás dentro de tres meses cuando regrese de casa de mi hermano"⁴⁹.

CUESTIONES:

1º.- Señale las distintas figuras jurídicas que aparecen en el caso propuesto.

2º.- Seyo regresa antes de lo previsto y pide la devolución de la vajilla, Ticio pregunta si debe devolvérsela antes del plazo previsto en el contrato ¿Y según el Código Civil? (art. 1766 y 1775)

3º.- Señale las acciones que puede ejercitar Léntulo y frente a quién.

4º.- A quién deberá devolver la vajilla Ticio en caso de que pidan su devolución el depositante (Seyo) y el propietario (Léntulo)? ¿por qué? Consulte la respuesta de Trifonino en D.16.3.31.1 ¿Y según el Código civil? (artículo 1771).

5º.- Ticio quiere saber si tiene derecho al pago de algún tipo de gratificación por sus servicios y cómo puede exigirlo. ¿Y según nuestro ordenamiento? (Véase 1760)

6º.- Considere el siguiente supuesto: Ticio usa la vajilla para una cena de compromiso, al recogerla se da cuenta de que faltan varias piezas del juego de plata ¿ante qué supuesto nos encontramos? ¿Tiene Ticio alguna responsabilidad en la pérdida de estos objetos? ¿Y según el derecho español? (art. 1767)

⁴⁹ Este caso práctico está recogido, en parte, en un texto de Trifonino, D.16.3.31.1.

TEXTOS: D., 16,3,31,1.

D.16.3.31.1 (Trifonino, l. 9 Disputas).- *Ocorre aquí también otra consideración, ¿debemos estimar la buena fe solamente en aquellos entre quienes se contrató, sin atender a ninguna cosa extrínseca, o también con respecto a las demás personas a quienes pertenece lo que se trata? Por ejemplo, un ladrón depositó en poder de Seyo, que ignoraba la malicia del que los depositaba, los despojos que me quitó; ¿deberá acaso Seyo restituirlos al ladrón o a mí? Si atendemos al que por sí da y recibe, ésta es la buena fe, que reciba la cosa depositada el que la dio; si a la equidad de todo el caso, que se consuma en virtud de todas las personas que intervienen en este negocio, se me han de devolver a mí, a quien se quitaron por acto muy criminal; y apruebo que esta sea la justicia, la cual da a cada uno lo suyo, de suerte que no sea segregado de la reclamación más justa de alguna persona. Pero si yo no compareciera para reclamarlos, han de ser no obstante restituidos al que los depositó, aunque los depositó mal adquiridos; lo que escribe también Marcelo respecto al poseedor de mala fe y al ratero. Mas si ignorando el ladrón al hijo o la esclavo de quien hubiese hurtado una cosa, la depositó en poder del padre o del señor de aquél, que lo ignoraba, ni aun por derecho de gentes existirá el depósito; cuya eficacia es ésta, que a otro, no al dueño, se dé para guardarla como ajena la cosa propia de él mismo. Y si una cosa mía, que me hurtó ignorándolo yo, la hubiere un ratero depositado en mí, ignorando también ahora su delito, con razón se dirá, que no se verifica depósito, porque no es de buena fe que sea compelido el dueño a restituir su propia cosa a un ladrón; pero aun si también en este caso hubiera sido entregada como por causa de depósito por el dueño que lo ignorase, competirá sin embargo la condición (condictio) de lo dado no habiendo sido debido.*

Código Civil español:

Artículo 1758

Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla.

Artículo 1760

El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario.

Artículo 1766

El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título 1º de este libro.

Artículo 1767

El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante.

En caso contrario, responderá por los daños y perjuicios.

Artículo 1771

El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada.

Sin embargo, si llega a descubrir que la cosa ha sido hurtada y quién es su verdadero dueño, debe hacer saber a éste el depósito.

Si el dueño, a pesar de esto, no reclama en el término de un mes, quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada a aquél de quien la recibió.

Artículo 1775

El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución.

Esta disposición no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario, o se haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada.

Artículo 1779

El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito.

Artículo 1780

El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón de depósito.

CASO PRÁCTICO XXI: EL PRÉSTAMO DE MARCO

Marco pidió prestados a Ticio 10.000 sesteracios para terminar sus estudios. Ticio se mostró dispuesto a prestárselos pero como no tenía la cantidad disponible en su casa, le dijo a Marco que al día siguiente se los haría llegar a través de Hermodoro. Marco convino con Ticio: 1º.- que le devolvería la cantidad en el plazo de dos años y 2º.- un interés anual del 6%.

CUESTIONES

1º.- Se preguntó en qué momento se perfecciona el contrato ¿Qué ocurriría si Hermodoro fuese asaltado por unos ladrones en el trayecto hasta la casa de Marco?

2º.- Y si Ticio hubiese entregado la cantidad a Marco. ¿Qué ocurriría si éste hubiese sido atracado por una banda armada de ladrones? ¿Estaría Marco obligado a devolver la cantidad a Ticio?

3º.- Llegado el plazo para la devolución del dinero, Marco no devuelve la cantidad. Ticio pregunta si tiene acción para la devolución del principal más los intereses.

4º.- Considere el caso en el supuesto en que Marco, fuese hijo de familia de Julio. ¿Debe éste devolver la cantidad a Ticio? ¿Cuenta con algún medio jurídico de defensa?

Textos:

D.44.7.1.2. (Gayo).-

La obligación se contrae por la cosa en la dación en mutuo. La dación en mutuo consiste en cosas que constan por peso, número o medida, como vino, aceite, trigo o dinero contante; cuyas cosas las damos para que se haga del que las recibe, debiendo recobrar después otras del mismo género y calidad.

D.44.7.1.4 (Gayo).-

Y, ciertamente, el que recibió en mutuo, si por cualquier causa perdiese lo que recibió, no continúa por ello menos obligado...

D.14.6.1.pr. Ulpiano.-

Las palabras del Senadoconsulto Macedoniano son éstas: "se acordó que no se diese acción al que hubiese dado dinero en mutuo a un *filius familias*, ni aún después de la muerte de su padre, bajo cuya potestad hubiese estado, a fin de que quienes con pésimo ejemplo, prestasen con interés supieran que no puede hacerse válido a la muerte de su padre".

D.12.1.14 Ulpiano

... Es más cierto, en resumen, que dejará de haber repetición de lo prestado contra el senadoconsulto y pagado por error.

Código civil español:

Artículo 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

Artículo 1753. El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.

Artículo 1754. La obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código.

Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.

Artículo 1755. No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.

Artículo 1756. El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.

CASO PRÁCTICO XXII: EL PRÉSTAMO CON ENCARGO DE PAGAR UN IMPUESTO

Ticio dio a Sempronio 30.000 sesteracios y convino con él que con el interés de la cantidad, computada al 6% anual, pagase Sempronio un tributo que Ticio debía, estableciéndose los siguientes pactos: 1º) si Sempronio pagase menos con respecto a los intereses que debía, el sobrante lo restituyese a Ticio; 2º) que lo que había pagado de más lo descontase del capital y si la suma de los tributos excediese del capital y los intereses, Ticio diera a Sempronio aquello en lo que excediese.

Las partes no celebraron estipulación alguna. Ticio consulta con qué acción podría conseguir lo que Sempronio hubiera retenido de más por intereses respecto al importe de los tributos pagados.

- a) Instituciones y reglas.
- b) Acciones y excepciones.
- c) Solución razonada.

TEXTOS: D.19.5.24; D.19.5.2.

TEXTOS:

Celso, D.19.5.2:

Porque cuando falten los nombres vulgares y usuales de las acciones, se ha de ejercitar la de praescriptis verbis.

Africano, D.19.5.24:

Ticio dio treinta a Sempronio, y pactaron que con el rédito de esta cantidad pagase Sempronio un tributo que Ticio debía pagar, computados los intereses al seis por ciento, y que cuanto por razón de los tributos se hubiese pagado de menos de cuanta fuese la cantidad de los intereses, lo restituyese a Ticio, y que lo que hubiese pagado de más lo descontase del capital; o que si el importe de los tributos hubiese excedido, así del principal, como de los intereses, Ticio pagase a Sempronio esto que hubiera de exceso, y no se interpuso estipulación alguna sobre esto. Consultaba Ticio: lo que por razón de intereses hubiese obtenido Sempronio sobre lo que a título de tributos hubiese pagado, ¿con qué acción podría conseguir de él? Respondió que no se debían ciertamente los intereses del dinero prestado, si no se hubieran comprendido en estipulación; pero que en el caso propuesto se ha de ver, que no tanto debe entenderse que se dio dinero a interés, como que se celebró mandato entre ellos, a no ser que hubiese de percibir más del seis por ciento. Pero que no hubo ciertamente la acción de petición del mismo capital del dinero prestado, puesto que si Sempronio hubiese sin dolo malo percibido aquella cantidad, o la hubiese tenido sin emplear, se ha de decir que nada debió pagar él por tal concepto. Por lo cual, es más seguro que se da la acción praescriptis verbis por el hecho, principalmente cuando se hubiese convenido también esto, que lo que se hubiese pagado de más que lo que por intereses se percibiera, se descontaría del capital, lo que excede del derecho mismo y de la condición del préstamo de dinero.

CASO PRÁCTICO XXIII: MUTUO Y COMODATO

Cándido, quería realizar una exposición lo más completa posible de arte etrusco en la ciudad de Brindisi, para ello pidió a su amigo Cornelio una colección de antiquísimas monedas etruscas de alto valor, uno de sus mejores caballos para trasladarse de Roma a Brindisi y 500 denarios de curso legal. Cornelio le prestó todo lo que su amigo le pedía y le entregó la colección en un cofre de plata advirtiéndole que en realidad era el estuche de una valiosa cubertería que le había prestado Alejandro para una cena de compromiso.

CUESTIONES:

- 1º.- ¿Qué negocios jurídicos realizaron Cándido y Cornelio?
- 2º.- ¿Qué negocio jurídico realizó Cornelio con Alejandro? ¿Puede Cornelio prestar el cofre a Cándido?
- 3º.- Cándido es atracado por unos ladrones en el camino que le roban los 500 denarios y la colección de monedas? ¿Qué podrá reclamar Cornelio frente a Cándido y a través de que acción o acciones?
- 4º.- ¿De qué acciones dispone Alejandro para pedir la devolución del cofre y frente a quién puede ejercitarlas?
- 5º.- Cándido utiliza el caballo para ir a ver a su hermana que vive en una villa situada 2 millas más allá de la ciudad de Brindisi ¿ante qué supuesto jurídico nos encontramos?
- 6º.- Al llegar a casa de su hermana, Cándido decidió llevar al caballo a unos establos para evitar que pudiera pasarle algo. Pero, a consecuencia de una tormenta con abundante aparato eléctrico, un rayo cayó sobre el establo que prendió fuego y los caballos, encerrados en él, murieron. Señale si Cándido tiene alguna responsabilidad en este supuesto.

TEXTOS: Gayo 3,196.

TEXTOS

Gayo 3,196:

Así, si alguien usa una cosa que tiene en depósito, comete hurto, y si alguien destina a otro uso la cosa que recibió en comodato para un uso determinado, queda obligado por hurto; por ejemplo, si se lleva de viaje una vajilla de plata que le fue prestada para una cena que decía había de dar a los amigos, o si, habiendo recibido en comodato un caballo para ir a algún sitio, se marcha con él más lejos, por ejemplo, según solían decir los antiguos, si el comodatario se llevó el caballo a la guerra.

Artículo 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

Artículo 1741. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato.

Artículo 1742. Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada.

Artículo 1743. El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada.

Artículo 1744. Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito.

Artículo 1745. Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad.

Artículo 1746. El comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya.

Artículo 1747. El comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas.

CASO PRÁCTICO XXIV: DEPÓSITO O MUTUO

Antes de partir para Sicilia, Claudio entrega a su amigo Fedro 2.000 denarios de plata en una bolsa cerrada con el fin de que la custodie y se la devuelva cuando regrese. Transcurridos dos meses, Fedro recibe una carta en la que Claudio le autoriza a usar el dinero. Fedro le envía un escrito firmado y sellado en los siguientes términos: "Tengo en mi poder los 2.000 denarios y prometo darte como intereses 4 denarios mensuales por cada 100 hasta que te devuelva toda la cantidad".

CUESTIONES:

1º.- Señale las distintas figuras jurídicas que encuentre en el supuesto planteado.

2º.- ¿Con qué acción puede pedir Claudio la devolución de los 2.000 denarios? ¿Hay alguna discusión entre la jurisprudencia?

3º.- ¿Puede Claudio pedir la devolución de los intereses? ¿A través de qué acción o acciones?

TEXTOS: D., 16,3,24

TEXTOS:

Papiniano, D., 16,3,24:

Lucio Ticio saluda a Sempronio. Te hago saber por esta carta escrita de mi mano, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo Stico, administrador; las cuales te entregaré al momento, cuando quieras, y donde quieras. Pregúntase por causa del incremento de los intereses. Respondí, que tiene lugar la acción de depósito; porque ¿qué otra cosa es encomendar, que depositar? Lo que es verdad de este modo, si se hizo esto, para que se devolviesen las mismas monedas; porque si se convino que se diese en pago otra tanta cantidad, el negocio excede de los conocidísimos términos del depósito. En cuyo caso, si no hubiera la acción de depósito, porque se convino que se devolviera otra tanta cantidad, no las mismas monedas, no se ha de decir fácilmente que se tenga cuenta de los intereses. Y se halla ciertamente establecido, que en los juicios de buena fe, por lo que atañe a los intereses, pueda tanto el oficio de árbitro, como la estipulación; pero es contra la buena fe y la naturaleza del depósito reclamar intereses, antes de incurrir en mora, de aquel que hizo beneficio en recibir el dinero; mas si desde un principio se convino sobre la prestación de intereses, se observará la ley del contrato.

Código civil español:

Artículo 1758. Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.

Artículo 1760. El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario.

Artículo 1761. Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles.

Artículo 1762. El depósito extrajudicial es necesario o voluntario.

Artículo 1763. Depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda.

Artículo 1766. El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el [título I](#) de este libro.

Artículo 1767. El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante.

En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios.

Artículo 1768. Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.

El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia.

Artículo 1769. Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa.

Se presume la culpa en el depositario, salva la prueba en contrario.

En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario.

Artículo 1770. La cosa depositada será devuelta con todos sus productos y acciones.

Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto al respecto al mandatario en el [artículo 1.724](#).

Artículo 1775. El depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución.

Esta disposición no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario, o se haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada.

CASO PRÁCTICO XXV: COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

Ticio vende el fundo Ticiano a Julio, que lo compra de buena fe, aunque lo recibe sin realizar ni la mancipatio ni la in iure cessio. Pasados dos años, César regresa triunfante de la guerra de las Galias y reivindica el fundo Ticiano demostrando que le pertenece en propiedad. Por su parte Julio pide protección al pretor alegando que César le ha expulsado del fundo Ticiano ayudado por un grupo de sus militares armados.

CUESTIONES:

- A) Instituciones y reglas.
- B) Acciones y excepciones.
- C) Solución razonada.

TEXTOS: D., 41,1,31, pr.; C., 2,3,20; art. 609 C.c.

TEXTOS:

Paulo, D., 41,1,31, pr.:

La nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega.

C., 2,3,20:

El dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión y no por nudos pactos.

art. 609 C.c:

La propiedad se adquiere por ocupación. La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Puede también adquirirse por medio de la prescripción.

CASO PRÁCTICO XXVI: EL EBANISTA

Claudia tenía un almacén de maderas especiales para la fabricación de muebles. Tiberio le compró un metro cúbico de madera de ébano para hacer una mesa de comedor y 12 sillas.

Efectuada la compra, Tiberio encargó a un famoso y renombrado ebanista una mesa ovalada con dos pies y 12 sillas con respaldo bajo, dándole indicaciones precisas de cómo quería que fuese el acabado de dicho encargo. Al mismo tiempo encargó dos bancos para el porche de su jardín y, como la madera no era suficiente, el ebanista la puso de su propio almacén.

CUESTIONES:

- 1º.- ¿Qué contratos se celebraron?
- 2º.- La madera comprada a Claudia, aunque aparentemente sana había sido atacada por la carcoma ¿ante qué supuesto jurídico nos encontramos?
- 3º.- Una vez terminado el trabajo, los muebles son destruidos a causa de un incendio? ¿Quién sufre la pérdida de los muebles (*periculum*)?
- 4º.- El ebanista construyó unos muebles de atrevidas proporciones que no coincidían con los gustos e indicaciones de Tiberio ¿puede éste rechazarlos?
- 5º.- El ebanista fallece. Tiberio pregunta si se extingue el contrato.
- 6º.- Y si es Tiberio el que fallece ¿se extingue el contrato?

CASO PRÁCTICO XXVII EL TINTORERO

Minicio, llevó al tintorero unos vestidos para que se los limpiase; como éste no se los devolvía, pregunta sobre la acción a ejercitar.

CUESTIONES:

- a) Los ratones han roído los vestidos
- b) Un perro, en un descuido de su dueño, entre en la tintorería y destroza los vestidos. Señale la responsabilidad del tintorero y del dueño del animal
- c) Uno de los dependientes del tintorero sustrae los vestidos. Señale qué acciones podría ejercitar
- d) El tintorero usa los vestidos para ir a una fiesta. Ante qué supuesto nos encontramos.

TEXTOS: D., 9,1,2,pr.; D., 14,3,5,10; D., 19,2,13,6 ; D., 19,2,25,8 ; D., 19,2,60,2; D., 47,2,48,4 ; y D., 47,2,92,pr.

TEXTOS:

Gayo, D., 19,2,25,8 :

Si el lavandero o el sastre hubieren perdido los vestidos y, por este motivo, hubieren pagado al dueño, tiene el dueño necesidad de cederle la reivindicación y la condición de los mismos.

Labeón, D., 19,2,60,2 :

Perdió el lavandero tus vestidos, tienes de donde reclamarlos, y no quieres reclamarlos; ejercitarás, sin embargo, contra el lavandero la acción de locación. Pero el juez habrá de estimar, si más bien puedes ejercitar la acción contra el ladrón, y recuperar de él tus cosas, bien que a costa del lavandero; pero si hubiere visto que esto te era imposible, entonces condenará ciertamente al lavandero a tu favor, pero te compelerá a que le cedas tus acciones.

Javoleno, D., 47,2,92,pr :

El lavandero quedó libre respecto al dueño con la acción de locación; Labeón dice que él no ejercitará con derecho la acción de hurto. Asimismo, si hubiese ejercitado la acción de hurto, antes que se ejercitase contra él la de locación, y antes que se juzgase respecto al hurto, hubiese quedado libre por la acción de locación, también el ladrón debe ser absuelto respecto a él; pero si no hubiese acontecido antes nada de esto, el ladrón debe ser condenado a favor de él. Esto así, porque tiene la acción de hurto en tanto cuanto le interesa.

Ulpiano, D., 14,3,5,10 :

Pero que también cuando al partir para lejos un batanero, hubiese rogado que mandase a sus dependientes, a quienes había entregado provista la tienda, y después de su partida uno de los dependientes hubiese tomado vestidos, y huido, el batanero no queda obligado si aquél fue dejado como procurador; pero que si como institor, se obliga él. Pero si me hubiere asegurado, que con razón me confiaba yo a sus operarios, se obligará no por la acción institoria, sino por la de locación.

Ulpiano, D., 19,2,13,6 :

Si el lavandero hubiere tomado vestidos para lavarlos, y los hubieren roído los ratones, se obliga por la acción de locación, porque debió precaverse de esto; y si el lavandero hubiere cambiado una capa, y dado a uno la de otro, se obligará por la acción de locación, aunque lo hubiere hecho por ignorancia.

Paulo, D., 9,1,2,pr :

Esta acción compete no solamente al dueño, sino también a aquél a quien le interesa, por ejemplo, a aquél a quien se prestó la cosa, y también al batanero, porque por lo mismo que están obligados, se considera que sufren el daño.

D., 47,2,48,4 :

Si yo te hubiere dado en arrendamiento un vestido para que lo limpiaras y tú, ignorándolo yo o contra mi voluntad, lo hubieres dado en comodato a Ticio, y le hubiera sido hurtado a Ticio, te compete la acción de hurto, porque te corresponde la custodia de la cosa, y a mí contra ti, porque no habrías debido dar en comodato la cosa, y haciéndolo habrás cometido hurto; y éste será caso en que el ladrón podrá ejercitar la acción de hurto.

CASO PRÁCTICO XXVIII: MANDATO DE PRESTAR DINERO

Ticio encargó a Mevio que prestara 10000 ases a su amigo Seyo para su campaña electoral, acordando que se le devolvería la cantidad en un plazo de 6 meses. Pasado el plazo, Mevio pregunta cómo y frente a quién puede dirigirse para conseguir la devolución de lo prestado.

CUESTIONES:

- a) Instituciones y reglas
- b) Acciones y excepciones
- c) Solución razonada
- d) Considere el siguiente supuesto: Llegado el plazo, Seyo sólo tiene disponible la mitad del dinero y se lo ofrece a Mevio. Mevio pregunta si está obligado a aceptar la mitad del dinero y qué puede hacer para conseguir el pago de lo que se le adeuda.
- e) ¿Qué es la *fideiussio indemnitis*?

CASO PRÁCTICO XXIX: CAMBIO DE BUEYES

Si teniendo yo un buey, y otro el vecino, se hubiera convenido que, yo a él y él a mí, nos diésemos en comodato por 10 días el buey, para que hiciera una labor, y el buey murió en poder de uno de nosotros... (¿qué acción puedo ejercitar?)

D.19.5.17.3 (Ulpiano, Comentarios al Edicto, libro 28)

TEXTOS:

D.19.5.17.3 (Ulpiano, Comentarios al Edicto, libro 28).- ... no compete la acción de comodato, porque el comodato no fue gratuito; pero se ha de ejercitar la acción *praescriptis verbis*.

6.3.- DERECHO SUCESORIO



CASO PRÁCTICO XXX: CAUSA CURIANA

El testador Marco Coponio, creyendo que su mujer estaba encinta, instituyó heredero al hijo que debía nacer si nacía antes de transcurridos 10 meses después de su muerte. Para el caso en que el heredero muriese antes de alcanzar la pubertad, el testador dispone la sustitución con Manlio Curio. Muere el testador y el hijo que se esperaba no nace. Manlio Curio pretende la herencia y a él se oponen los parientes agnados de Coponio que tenían derecho a la sucesión *ab intestato*.

CIC., *de orat.*, 1.39.59
Brutus, 39.52; Top, 10.44
Pro Caec., 18

TEXTO:

D. 28.6.4.pr. (*Modest. libro único, Cuestiones nuevas*).- En virtud de una constitución del Divino Marco y de Vero usamos ya de este derecho, que cuando el padre hubiese substituido al hijo impúbero para un caso, se entienda que lo substituyó para uno y otro caso, ya si el hijo no hubiera sido heredero, ya si lo hubiera sido, y hubiere fallecido impúbero.

SOLUCIÓN:

La llamada *causa curiana* es un caso emblemático en relación con la interpretación del testamento. En este supuesto el tribunal o jurado de los *centumviri*, encargado de conocer en su fase *in iudicio* y de decidir las cuestiones sobre la *hereditas* entabladas *in iure* ante el pretor por el procedimiento de las acciones de la ley, aceptó una interpretación del testamento conforme a lo que realmente quiso el testador (*voluntas*) frente a lo recogido en la letra del documento (*verba*).

En el caso hay dos partes en conflicto, por un lado Manlio Curio que había sido nombrado sustituto del hijo (que debía nacer) para el caso de que éste no llegase a la pubertad (es un caso de sustitución pupilar), por otro lado, los agnados, herederos *ab intestato* de Marco Coponio, a los que llamaba la ley (ya desde las XII Tablas) a heredar a falta de un heredero válidamente instituido en testamento.

En relación con este supuesto podemos destacar las siguientes cuestiones:

- Sucesión testamentaria: Hay un testamento válidamente otorgado por Marco Coponio con una institución de heredero (cláusula testamentaria por la que el testador confiere a uno o a varias personas el título de *heres*), condición *sine qua non* para que el testamento sea válido y despliegue todos sus efectos.
- Póstumo (hijo que no llega a nacer): Entre las personas que no podían ser designados como herederos están las personas inciertas, como las personas jurídica, los dioses, las personas no individualizadas por el testador o los póstumos. En relación con éstos últimos se fue reconociendo su capacidad para ser instituidos herederos de forma paulatina, comenzando por los llamados *postumi legitimi* (hijos del testador, concebidos viviendo éste y nacidos después de su muerte); más tarde a los *postumi Aquilliani, Velleiani, quasi Velleiani, Iuliani* y, finalmente, en época justiniana, a los *postumi alieni* o *extranei*, aunque parece que el pretor podía otorgar a su favor la *bonorum possessio*⁵⁰.
- Capacidad jurídica. Persona física. *Nasciturus*: El concebido no nacido (*nasciturus, qui in utero est*) no tiene reconocida la capacidad jurídica, como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pero no estaba totalmente desprotegido pues se protegían los intereses de la futura persona (*propter spem nascendi*) reservándole derechos, especialmente los sucesorios (Vid. Juliano, D.1.5.26), cuyos efectos quedaban supeditados a que se produjese su posterior nacimiento con los requisitos señalados por el ordenamiento.
- Sustitución pupilar. Es la disposición testamentaria por la que el testador designa un heredero para su hijo impúber, condicionando la sustitución al hecho de que el hijo muera antes de alcanzar la pubertad y, por tanto, la capacidad para testar. En

⁵⁰ Vid. ARIAS RAMOS, *Derecho privado... cit.*, II, p. 788 y 789.

el caso que nos ocupa, Marco Coponio designa como sustituto pupilar a Manlio Curio que, ahora, pretende la herencia.

- Sucesión *ab intestato*. La sucesión intestada es la dispuesta por la ley para los casos en que no haya testamento o éste carezca de eficacia. En Derecho romano es preferida siempre la sucesión testamentaria, por tanto, la intestada no se produce hasta que se tiene la seguridad de que no hay testamento válido. Además, en Derecho romano, no es posible la delación parte por testamento y parte por ley, rige el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (este principio ya no se aplica en derecho español donde es posible la llamada a heredar parte por testamento y parte por la ley).
- *Quaestio voluntatis*, en este supuesto se discute cuál fue la verdadera voluntad del testador. Así para Licinio Craso, defensor de los agnados próximos como herederos llamados por la ley, entendía que debía atenderse a la voluntad del testador y no a las palabras empleadas (*verba*) en el testamento. Y consideraba que la voluntad de Marco Coponio estaba clara al indicar que “si su hijo póstumo no heredaba, los sustituyera Manlio Curio” y que no era tan relevante el hecho de que el testamento recogiese una sustitución pupilar. Frente a esta opinión se situaba Quinto Mucio Escévola, el gran jurista republicano, que defendía a los herederos abintestato y que consideraba que si el testador hubiese querido una sustitución vulgar lo habría indicado diciendo “y si el hijo no llegase a nacer sea el heredero Manlio Curio. Por tanto considera que el testamento debe interpretarse de acuerdo con las palabras empleadas. Nótese que la sustitución vulgar es una ulterior institución de heredero condicionada a que el primer instituido no llegue a serlo. Obsérvese que, en este caso, el segundo instituido es un heredero del testador pues el primer heredero no llegó a serlo, mientras que en la pupilar, el sustituto indicado por el *paterfamilias* en su testamento es un heredero del impúber).

En cuanto a las acciones y excepciones aplicables al caso:

- La *hereditatis petitio* a través de esta acción de origen civil, el heredero que creía tener derecho a la herencia podía demandar al que poseía los bienes hereditarios. En este supuesto podía ser entablada por los herederos abintestato o por Manlio Curio, como sustituto.
- El *interdictum quorum bonorum* es un remedio extraprocesal con el que el *bonorum possessor* puede solicitar del pretor la posesión de los bienes hereditarios.

Solución: Los *centumviri*, jurado encargado de conocer en los casos de herencia, aceptan la existencia de una sustitución vulgar y concede la herencia a Manlio Curio. Esta solución puede verse recogida en D.28.6.4.pr En virtud de una constitución del divino Marco y de Vero usamos ya de este derecho, que cuando el padre hubiese sustituido al hijo impúbero para un caso, se entienda que lo sustituyó para uno y otro caso, ya si el hijo no hubiera sido heredero, ya si lo hubiera sido, y hubiere fallecido impúbero.

CASO PRÁCTICO XXXI: LEGADO DE OPCIÓN

Si a Seyo le hubiera sido legado (el esclavo) Eros y a Eros un fundo y después le hubiera sido dada a Mevio la opción de un esclavo y él hubiera optado por Eros... (¿de quién será el fundo?)

TEXTOS:

D.33.5.11 (Juliano, libro 36, Digesto).- ... el fundo le pertenece solamente a Seyo, porque al tiempo de ser adida la herencia solamente había estge a quien pudiera pertenecer el legado; porque también cuando a un esclavo común le hace un legado uno de los condueños, le pertenece todo el legado solamente al condueño, por esto, porque al comenzar a correr el término del legado es el único que podría adquirir por medio de este esclavo.

CASO PRÁCTICO XXXII: PRETERICIÓN

Una madre al morir instituyó heredero a un extraño por las tres cuartas partes, a una hija por la otra cuarta parte y no hizo mención (preterió) de otra hija. Ésta se querelló por (testamento) inoficioso y ganó el litigio. Pregunto ¿de qué modo se ha de atender a la hija instituida?

D.5.2.19 (Paulo, Cuestiones, libro 2)

TEXTOS:

D.5.2.19 (Paulo, Cuestiones, libro 2).- ... Respondí: la hija preterida debe vindicar lo que habría tenido habiendo fallecido intestada la madre. Y así puede decirse, que la que fue preterida, aunque reclame toda la herencia abintestato, y obtenga toda su demanda, habrá de tener ella sola toda la sucesión, como si la otra no hubiese aceptado la herencia legítima. Pero no se ha de admitir que contra la hermana sea oída querellándose de inoficioso. Además se ha de decir, que no es asimilable a la que no acepta, la que adió en virtud del testamento; y por tanto se ha de vindicar del extrañó la mitad, y se ha de defender que le debe privar de toda la mitad, cual si toda la mitad pertenezca a ésta. Según lo que, no se invalida por completo el testamento, sino que se hace intestada en una parte, aunque la última voluntad de ella sea desestimada cual si fuera una furiosa. Por lo demás, si alguno hubiere creído que venciendo la hija se invalida todo el testamento, se ha de decir que la instituida también puede adir la herencia abintestato; porque tampoco se entiende que la que adió en virtud del testamento, que estima válido, repudia la herencia legítima que realmente ignora que le está deferida, como quiera que tampoco aquellos que lo conozcan pierdan su derecho, eligiendo aquello que creen que les compete. Lo que acontece respecto del patrono que, movido de falsa opinión, aceptó las disposiciones del difunto; porque no se considera que éste repudió la posesión de bienes contra el testamento. De lo cual resulta, que la preterida no vindica debidamente toda la herencia, porque, rescindido el testamento, también a la instituida le queda salvo el derecho de adir la herencia.

CASO PRÁCTICO XXXIII: FIDEICOMISO AL HIJO

Seya encomendó al heredero instituido el fideicomiso de entregar diez mil sestercios anuales a su hijo, o que comprara los predios necesarios y los destinara para que él tuviera el usufructo, con un rendimiento de diez mil sestercios anuales; el hijo arrendó los fundos que le habían sido entregados por el heredero conforme a la voluntad de su madre; al morir él, se preguntaba si los atrasos de los colonos pertenecen al heredero del usufructuario o al heredero de la testadora Seya.

6.4.- LISTA DE ACCIONES Y EXCEPCIONES EN DERECHO ROMANO⁵¹

I. **ACCIÓN:** se puede definir como un medio jurídico-procesal a favor del actor a través del que se dirige a los órganos judiciales establecidos al efecto para la protección de sus derechos subjetivos. Cada interés o derecho subjetivo únicamente hallará amparo en tanto en cuanto exista una acción determinada al efecto, de aquí la frecuente posición del jurisconsulto romano que se pregunta sobre la acción a ejercitar en cada caso. De forma gráfica se puede decir que, mientras en la actualidad, cualquier persona que considera que uno de sus derechos subjetivos ha sido vulnerado podrá dirigirse al Estado, a los órganos judiciales establecidos para ello, para pedir protección. Sin embargo, en derecho romano, los ciudadanos no podían pedir amparo para cualquier pretensión, sino únicamente cuando hubiera una acción creada para el caso concreto. El catálogo de acciones podía venir ampliado por la ley o las fuentes asimiladas a la ley, las llamadas acciones civiles, o bien por el pretor a través de su Edicto, las acciones pretorias u honorarias. Estas últimas podían ser de varios tipos:

- *Acciones útiles:* Son acciones aplicadas por el pretor a supuestos semejantes por analogía. Se produce cuando una acción civil creada para la protección de un hecho concreto era concedida por el pretor para proteger un caso semejante (Ej. La acción de la Ley Aquilia se otorgaba a favor de los propietario, el pretor la otorgó en vía útil a favor de los usufructuarios: *Actio legis Aquilia utilis*).
- *Acciones ficticias:* Son un tipo de acciones útiles en las que se recoge una ficción. A través de estas fórmulas, el pretor ordena al juez que juzgue como si un supuesto de hecho o de derecho se hubiese producido. Por ejemplo, en la Acción Publiciana, el pretor ordena al juez que emita su sentencia como si el tiempo de la usucapión se hubiese verificado ya.
- *Acciones in factum:* Estas acciones por el hecho son aquellas en las que el pretor, estimando digna de protección una situación para la que no había protección en la ley ni en el Edicto, ordenaba al juez que si se daban ciertos supuestos de hecho, condena, y ello, aunque no hubiera ley alguna que protegiera tales hechos. Para emitir estas acciones el pretor se basaba en la equidad. Muchas de estas acciones se crearían a través de un edicto repentino del magistrado.
- *Acciones con trasposición de sujetos:* Son aquellas en las que figura una persona en la *intentio* de la fórmula y otra distinta en la *condemnatio*. Sucedió esto en los casos de representación legal o en los casos en que el pretor extendía a ciertas personas responsabilidades por lo realizado por otras (por ejemplo, el *paterfamilias* por los daños producidos por los sometidos).

ACTIO AD EXHIBENDUM (acción exhibitoria): Acción arbitraria⁵² que se ejercita cuando la cosa litigiosa es mueble, con ella se consigue que el poseedor o detentador de una cosa la presente ante el magistrado para poder después intentar la acción principal. Es, por tanto, una acción de carácter accesorio de otra principal, generalmente la *reivindicatio*.

ACTIO AD SUPPLENDAM LEGITIMAM. Acción civil de época de Constantino. A favor

⁵¹ El profesor García Garrido facilita a los estudiantes una lista de acciones y excepciones publicada en todas sus ediciones del *Responas*. Vid. GARCÍA GARRIDO, M.J., *Responas...* cit.

⁵² ARIAS RAMOS, J., [*Derecho Romano. I. Parte general y derechos reales*, 17ª edic., Madrid, Ed. Edersa, 1984, p. 183, n. 227] califica la acción exhibitoria como una acción personal y arbitraria.

del legitimario que hubiese dejado de percibir la *portio legitima* frente al instituido heredero para que complete la cuota de los herederos legítimos.

ACTIO AESTIMATORIA (acción estimatoria). También llamada *actio quanti minoris*. Es una acción recogida en el Edicto de los ediles curules (magistratura que realiza funciones de policía de la ciudad y de control de los mercados). Se concede al comprador contra el vendedor en los casos en que aparecen vicios o defectos ocultos (aquellos no manifiestos a simple vista o manifestados por el comprador) en la cosa vendida. Tiene un plazo de ejercicio de un año y con ella se consigue la disminución proporcional del precio. Actualmente, sigue hablándose de acciones edilicias en atención a su origen (art. 1474 y 1476 del C.c.).

ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE (Acción de contención del agua pluvial): con ella el propietario obtenía la demolición de las obras llevadas a cabo en el fundo vecino que produjeran una alteración en el curso natural de las aguas. Originariamente se aplicaría para el caso de un aumento perjudicial o avalancha de agua, después se aplicó también para el caso de disminución del flujo de agua.

ACTIO AUCTORITATIS. Es una acción de origen penal que se otorga a favor del adquirente (*mancipio dans*) de una *res Mancipi* a través de *mancipatio* cuando el verdadero propietario de la cosa ejercite contra el primero la acción reivindicatoria (lo que después se conoce como evicción). Persigue el doble del precio pagado cuando el adquirente haya sido vencido en el juicio o el enajenante se niega a defenderlo.

ACTIO O CONDUCTIO CERTAE CREDITAE PECUNIAE (acción de cantidad cierta de dinero). Acción personal que se ejercita por el estipulante o prestamista frente al promitente o prestatario para reclamar la devolución de una cantidad cierta de dinero en virtud de estipulación o de mutuo (préstamo de consumo).

ACTIO O CONDUCTIO CERTA REI. Se concede al estipulante frente al promitente cuando el objeto de la estipulación sea un objeto concreto y determinado.

ACTIO COMMODATI (acción de comodato). Originariamente el comodato fue una relación ajena al *ius civile* y viene protegido por el pretor a través de una *actio in factum*. Posteriormente surge una acción de buena fe que se descompone en dos acciones llamadas (en época de Justiniano): directa, por la que el comodante puede exigir al comodatario la restitución de la cosa o su valor, y contraria, que se ejercita por el comodatario frente al comodante para pedir el resarcimiento de los gastos y perjuicios causados por razón de la cosa prestada.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO (acción de división de cosa común). Es una acción divisoria por la que el copropietario o el socio pide la división de la cosa común. Esta acción procede también cuando se da una situación de indivisión o copropiedad por la mezcla de sólidos (*commixtio*) o líquidos (*confusio*). Las acciones divisorias no llevan *condemnatio* en la fórmula, sino *adiudicatio* (en ella no hay condena o absolución, sino declaración de derechos). Esta acción también servía para reclamarse unos comuneros a otros las obligaciones provenientes del estado de indivisión, incluso, aunque no se disolviese la copropiedad.

ACTIO CONDUCTI (acción de conducción). Acción personal, de buena fe, derivada del contrato consensual de arrendamiento (*locatio-conductio*). Se concede a favor del arrendatario (o *conductor*) para obtener la entrega de la cosa arrendada, o bien la prestación de trabajos o servicios o bien la entrega del precio convenido a cambio de la obra terminada según estemos ante un arrendamiento de cosa, o de servicios o de obra.

ACTIO CONFESSORIA. Se utiliza, a partir de la época postclásica, para proteger el ejercicio de las servidumbres, ya sean prediales o personales. Anteriormente la acción para la defensa de las servidumbres se denomina *vindicatio servitutis* (para las servidumbres prediales) o *vindicatio usufructuaria* (para la defensa del usufructo).

ACTIO O CAUTIO DAMNI INFECTI (caución del daño inmediato). Ampara al propietario por un daño que no ha verificado todavía. En este caso el pretor obliga a celebrar una estipulación garantizando con fiadores la indemnización del daño, si éste llega a producirse.

ACTIO DE AESTIMATO. Acción derivada del contrato estimatorio para solicitar la entrega de la estimación (la cantidad de dinero en que se tasó la cosa entregada) o, en caso de que no se haya producido la venta, la misma cosa que se entregó.

ACTIO DE EFFUSIS ET DEIECTIS. Acción pretoria penal que se concede a favor del que ha sufrido algún daño por los objetos caídos o arrojados a la calle o a lugar público frente el *paterfamilias* que habite la casa para exigirle responsabilidad por los daños causados. No se tomaba en consideración si había habido culpa o no por su parte y, en general, la indemnización era al doble del daño ocasionado. Cuando se cause la muerte o se hiera a una persona, la acción es popular. En el primer caso debía pagarse 50.000 ases como indemnización, en el segundo caso la indemnización era fijada por el juez.

ACTIO DE IN REM VERSO. Acción pretoria, con transposición de sujetos, que forma parte de las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis*. Ejercitable por quien ha contratado con un sometido, esclavo o hijo de familia, para reclamar del *paterfamilias* por lo que se ha enriquecido como consecuencia del negocio realizado por el sometido.

ACTIO DE MODO AGRI. Esta acción se concedía frente al mancipante por defectos de cabida de un fundo transmitido por medio de *mancipatio*. Era necesario que las partes hicieran declaraciones a este respecto y condenaba al doble del valor de la extensión que faltara según la falsa declaración.

ACTIO DE PAUPERIE. Es una acción penal, noxal, que se otorga a favor del que ha sufrido un daño injusto por parte de un animal cuadrúpedo doméstico contra el propietario de éste para exigirle una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. El plebiscito del 286 a.C., la *lex Aquilia de damno*, suprimió muchas de las acciones concretas y determinadas para la represión del daño injustamente causado en patrimonio ajeno, pero dejó en vigor otras como esta que definimos.

ACTIO DE PECULIO. Acción pretoria, con transposición de sujetos, que forma parte de las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis*, por la que el que contrata con un sometido a potestad puede demandar al *paterfamilias* en la medida del activo del peculio (conjunto heterogéneo de bienes entregado al hijo para que lo administre y negocie).

ACTIO DE POSITIS ET SUSPENSIS. Acción penal, pretoria y popular que se concede contra el habitante de un edificio que hubiera colocado o suspendido alguna cosa que amenace caer a la calle. Condena a pagar una multa y para su ejercicio no era necesario que se produjera un perjuicio.

ACTIO DE TIGNO IUNCTO. Acción de viga empotrada de casa ajena, que se

concede al propietario de los materiales utilizados para construir en suelo ajeno frente al propietario del suelo que adquiere la construcción por accesión, para conseguir una indemnización al doble del valor de los materiales.

ACTIO DEPENSI. Acción personal que se concede al *sponsor* (fiador o avalista), que pagó al acreedor, frente al deudor principal para conseguir la devolución de lo pagado cuando no se le haya reembolsado en el plazo de seis meses. Esta acción fue concedida por una *lex Publilia* y podía dirigirse también frente a los demás fiadores, si los había, a los que se consideraba como socios en virtud de una *lex Appuleia*.

ACTIO DEPOSITI. (Acción de depósito) Este contrato no fue originariamente amparado por el derechos civil y encontró protección por vía pretoria a través de una *actio in factum*. Posteriormente se concede una acción de buena fe para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de depósito tanto a favor del depositante como a favor del depositario. La condena derivada de esta acción conlleva la infamia del condenado. En derecho justiniano, se reconoce la existencia de dos acciones, la directa concedida a favor del depositante para pedir del depositario la devolución de la cosa que retiene dolosamente y que conlleva la infamia y la contraria por la que el depositario puede exigir al depositante la indemnización por los gastos y perjuicios que le haya irrogado el depósito.

ACTIO DOLI. La acción dolo es una acción penal, de origen pretorio, que se concede a favor del que haya sufrido el daño frente al causante del engaño y se consigue el valor del perjuicio causado. Su plazo de ejercicio es de un año y conlleva la infamia del condenado. Es una acción que tiene carácter subsidiario, es decir, se ejercita únicamente cuando no haya otra al respecto.

ACTIO EMPTI. (Acción de compra) Acción de buena fe que se deriva del contrato consensual de compraventa con la que el comprador puede exigir del vendedor, no sólo lo estrictamente pactado por las partes sino todo aquello que sea conforme a la buena fe. De este modo, finalizada la evolución de este contrato, la acción puede ser ejercitada para pedir la entrega de la cosa, la responsabilidad por vicios ocultos, por evicción y demás pactos añadidos al contrato.

ACTIO EX STIPULATU. Se otorga al estipulante frente al promitente cuando la prestación prometida mediante estipulación consistiese en un *facere* (hacer).

ACTIO EX TESTAMENTO. Acción concedida al legatario contra el heredero para reclamar el cumplimiento del legado *per damnationem* y *sinendi modo*. Era de las que *lis infitiando crescit in duplum*, en contrapartida el gravado con el legado responde, en caso de incumplimiento por su dolo o culpa, del valor estricto de la cosa legada pues la estructura de la fórmula no permitía reclamar los frutos ni los intereses moratorios. En época justiniana, es una acción personal que sirve para reclamar cualquier tipo de legado considerado como una deuda del gravado.

ACTIO FAMILIAE ERISCUNDAE. Acción de división de la herencia. Esta acción civil puede ser clasificada como mixta y de buena fe podía ser utilizada por cualquiera de los herederos para hacer cesar la comunidad hereditaria. A través de ella, el juez confería a cada heredero la propiedad sobre la parte adjudicada y se hacían efectivas las obligaciones entre coherederos surgidas del estado de indivisión. Esta acción –como otras divisorias (acción de división de cosa común o acción de deslinde de fincas) no lleva *condemnatio* en la fórmula, sino una *adiudicatio*.

ACTIO FIDEICOMMISSARIA. Acción personal y cognitoria (se hace valer, a partir de

Augusto, a través del procedimiento extraordinario y ante el funcionario especial encargado de conocer todo el litigio, desde la citación hasta la sentencia, llamado *praetor fideicommissarius*). Se ejercita por el fideicomisario frente al fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso. Al ser una acción de buena fe sirve para reclamar los intereses moratorios.

ACTIO FIDUCIAE: La acción de fiducia es una acción personal, de buena fe, mediante la que el fiduciante exigía al acreedor el cumplimiento del pacto de devolución de la cosa transmitida por *mancipatio* al fiduciario para garantizar el cumplimiento de una obligación principal precedente (*fiducia cum creditore*) o para conseguir cualquier otra finalidad como el préstamo de una cosa, la guarda y conservación de una cosa mueble, etc. (*fiducia cum amico*). El fiduciario podía reclamar la devolución de los gastos realizados en la conservación de la cosa a través de la misma acción de fiducia *contraria*.

ACTIO FINIUM REGUNDORUM. (Acción de deslinde de fincas). Es una acción divisoria que tiene por objeto la fijación de los linderos exactos de una finca rústica. En la fórmula de esta acción aparece la *adiudicatio* en lugar la de *condemnatio*.

ACTIO FURTI. Acción penal, noxal e intransmisble que reprime el delito de hurto. Condena a un múltiple del valor de la cosa robada. Está legitimado para su ejercicio, no sólo el propietario de la cosa robada sino, en general, todo aquél que deba responder frente al propietario por custodia, como el comodatario, el tintorero y el sastre, también el capitán del barco, los hospederos y los mozos de establo. El ladrón y el poseedor de mala fe no pueden ejercitar esta acción. En cuanto al legitimado pasivo, se concede frente al ladrón (no transmisble a sus herederos) que sustrae la cosa (*furtum rei*), también frente el que da a la cosa un uso diferente al pactado (*furtum usus*) o frente al propietario de la cosa que despoja de la posesión al poseedor de la misma (*furtum possessionis*).

ACTIO HYPOTHECARIA, también denominada *actio pignoratitia in rem, serviana utilis o cuasiserviana*. Es una acción real por la que el titular del derecho de prenda (*pignus datum/ pignus conventum*) se dirige frente a cualquiera (*erga omnes*) que posea la cosa para pedir la entrega de la misma y poder así ejercitar el derecho de venta (*ius distrahendi*).

ACTIO INIURIARUM (acción de injurias) Acción penal, intransmisble a los herederos tanto pasiva como activamente, que se concede a la víctima de un delito de injuria (este concepto recoge numerosos supuestos, no sólo lesiones físicas, sino ofensas al honor). Persigue una pena que el juez establece en atención a las circunstancias de la ofensa y de las personas implicadas. Esta acción se utiliza por el propietario de la finca que prohibió el paso a un tercero frente al que entró pese a dicha prohibición.

ACTIO LEGIS AQUILIAE (acción de la Ley Aquilia). La Ley Aquilia es un plebiscito del año 286 a.C que crea una acción de daño injusto, que se concede contra el que hubiese matado injustamente al esclavo ajeno, o causado daños a un cuadrúpedo de cualquier clase de ganado o en las cosas de otra persona. Originariamente puede ejercitarla, contra el autor del daño y sus cómplices, únicamente el propietario de la cosa dañada. Después se extendió en vía útil a personas en situación análoga, como puede ser el poseedor de buena fe o el usufructuario. En la actualidad se sigue hablando de culpa aquiliana o extracontractual en recuerdo del origen de la misma.

ACTIO LOCATI (acción de locación) Acción personal, de buena fe, derivada del

contrato de arrendamiento, que se concede al *locator* para reclamar del *conductor* el cumplimiento de sus obligaciones. Concretamente, se ejercitará en general para reclamar todo aquello que sea conforme a la buena fe y, en concreto, en la *locatio-conductio rei* o en la *locatio-conductio operarum*, el precio convenido a cambio de la cesión de la cosa o realización del servicio. En la *locatio-conductio operis*, la realización de la obra convenida.

ACTIO MANDATI (acción de mandato) Acción de buena fe nacida del contrato consensual de mandato. Se distingue una acción directa del mandante contra el mandatario para exigirle el cumplimiento del encargo o mandato y cualquier otra obligación derivada de la buena fe contractual, y una acción contraria por la que el mandatario solicita del mandante el reembolso de los gastos y la indemnización de los perjuicios causados por la ejecución del encargo.

ACTIO NEGATORIA. La acción negatoria es una acción real para la defensa de la propiedad. Sirve para que el propietario se defienda de aquellos ataques a su propiedad que no consisten en negarle ésta y privarle de la posesión de la cosa (*reivindicatio*), sino en la pretensión de mermar sus facultades atribuyéndose derechos sobre la misma, por ejemplo, una servidumbre de paso o un usufructo.

ACTIO NEGOTIORUM GESTORUM. (Acción de gestión de negocios ajenos). Se utiliza para hacer valer las obligaciones que surgen de la gestión de negocios (cuasicontrato), en la que una persona realiza un negocio para otra sin que medie mandato ni ostente cargo que lo faculte para ello. Tiene dos modalidades: la directa, ejercitable por el *dominus negotii* para exigir la rendición de cuentas frente al gestor y la contraria, a favor del gestor frente al *dominus* para pedir el resarcimiento de los gastos causados, la indemnización de perjuicios y la liberación de las obligaciones contraídas como consecuencia de la gestión.

ACTIO PAULIANA. Acción que se concede al acreedor para revocar los actos que el deudor hubiese realizado en fraude de sus acreedores.

ACTIO PIGNORATICA IN PERSONAM. Acción de prenda personal, utilizables exclusivamente frente al que recibió la cosa y contra quien la entregó, en época justiniana se distinguen dos acciones: directa utilizable por el pignorante frente al acreedor pignoraticio para pedirle, por ejemplo, el exceso del precio de la venta de la cosa dada en prenda y contraria ejercitable por el acreedor pignoraticio frente al pignorante para pedirle la devolución de los gastos hechos en la cosa pignorada. No debe confundirse con la *actio pignoratitia in rem* utilizable por el titular del derecho real *erga omnes*.

ACTIO PIGNORATICA IN REM (*Vid. Actio hypothecaria*), no debe confundirse con la acción pignoratitia personal.

ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS. Acción de palabras prescritas, acción general a través de la cual se protegen, a partir de la época clásica, diversas figuras contractuales comprendidas bajo la denominación de contratos innominados. Se concede a la parte que ha cumplido su prestación para conseguir la contraprestación o una indemnización.

ACTIO PRO SOCIO. Acción personal de buena fe cuya condena conlleva la infamia y el beneficio de competencia. Se concede a favor del socio frente a los demás para pedir todas aquellas obligaciones que surjan del contrato. Durante la época clásica su ejercicio conlleva la extinción de la sociedad. Para pedir la división de la copropiedad debían utilizar la *actio communi dividundo* (acción de división de cosa común).

ACTIO PUBLICIANA. Es una acción pretoria, ficticia, semejante y paralela a la reivindicatoria que se concede a quien, no siendo propietario civil (ya sea por defecto de forma o, posteriormente, por haber adquirido *a non domino*), es poseedor de buena fe, pudiendo adquirir la propiedad por usucapión, y contra quien pretenda perjudicar su derecho salvo frente al propietario civil. La acción recoge la ficción de que el plazo para usucapir ya ha transcurrido. Si prospera sirve para recuperar la posesión de la cosa.

ACTIO QUANTI MINORIS (*vid.* ACTIO AESTIMATORIA). Acción concedida por el edicto de los ediles curules para proteger al comprador cuando existían vicios o defectos ocultos en la cosa o mercancía vendida. Con ella se reclamaba la reducción del precio correspondiente al menor valor de la cosa, para su ejercicio cuenta el comprador con un plazo de un año.

ACTIO QUOD METUS CAUSA. Acción por causa de miedo. Se demanda con esta acción a quienes han obtenido algún lucro o ganancia por el miedo o intimidación, aunque no hubiesen intervenido en el acto que lo causa. Esta acción, que puede darse como noxal, persigue una condena al cuádrupulo, si se ejercita dentro del año, o por el lucro obtenido si se entabla después.

ACTIO RECEPITICIA. Acción por la que el cliente del banquero puede exigir de éste que cumpla su compromiso (pacto pretorio) y pague la deuda que tiene con un tercero.

ACTIO REDHIBITORIA. La acción recogida por el Edicto de los ediles curules a favor del comprador para el caso en que existan vicios ocultos en la cosa vendida. Sirve para pedir la resolución del contrato de compraventa mediante la devolución de la cosa y del precio y tiene un plazo de ejercicio de 6 ó 2 meses desde que puede ser ejercitada.

ACTIO REIVINDICATORIA. Es una acción civil que tutela al propietario civil no poseedor contra el poseedor no propietario. El propietario acude a esta acción cuando ha perdido la posesión de una cosa de su propiedad. Cuando prospera se consigue, no sólo la restitución de la cosa, sino también de todos sus frutos y accesiones. En los legados vindicatorios, se ejercita esta acción como consecuencia de que la cosa legada se hace del legatario sin que se sea necesaria la intervención del heredero en la constitución del derecho real que se lega.

ACTIO SERVIANA (*vid.* *hypothecaria*).

ACTIO TUTELAE. Acción de buena fe con la que se persigue la conducta dolosa del tutor contraria a la *fides*. En derecho justiniano se descompone en acción directa, por la que el pupilo o sus herederos pueden reclamar contra el tutor por las faltas cometidas por éste en la gestión de los bienes y acción contraria que se concede al tutor para reclamar del pupilo los gastos o desembolsos hechos en la gestión de la tutela.

ACTIO VENDITI. Acción de buena fe derivada del contrato consensual de compraventa. Se otorga a favor del vendedor frente al comprador para conseguir el pago del precio y todas las demás obligaciones que sean conformes a la buena fe contractual, así como los intereses y cualquier otra obligación, como los gastos causados en la conservación de la cosa.

HEREDITATIS PETITIO (petición de herencia) acción civil, específica a favor del heredero con la que podía reclamar el total del haber hereditario, pero también partes concretas del mismo, el cobro de créditos, etc. y, en general,

cualquier pretensión ligada a su condición de heredero.

VINDICATIO IN LIBERTATEM. Acción que ejercitan los esclavos manumitidos en testamento (*statuliber*, se denominan así a los manumitidos testamentariamente bajo condición hasta que esta se cumple) ante el pretor para que condene al heredero a realizar su manumisión.

VINDICATIO IN SERVITUTEM. Acción donde se discute la libertad del esclavo. La ejercita el que pretende ser dueño de un esclavo que afirma que es libre (G.4.14).

VINDICATIO SERVITUTIS. (vindicación de servidumbre) Es una acción civil que se le concede al propietario civil del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente, o contra el que impide o perturba el ejercicio de la servidumbre. Si prospera se consigue la declaración del derecho real de servidumbre, que cesen los actos que impiden el pleno y pacífico ejercicio del derecho de servidumbre, la destrucción de las obras que impidan su ejercicio y que se preste una garantía de que no se producirán más molestias futuras, la llamada *cautio de amplius non turbando*. Esta acción real general recibe el nombre de *ACTIO CONFESSORIA* en época justinianeana para la defensa tanto de las servidumbres prediales como de las personales.

VINDICATIO USUSFRUCTUS. (vindicación del usufructo) Acción que se concede al usufructuario contra el nudo propietario o contra cualquier poseedor que obstaculizara su derecho. Esta acción persigue que cesen los actos que impiden el pleno y pacífico ejercicio del derecho de usufructo. En derecho justiniano esta acción recibe el nombre de ACCIÓN CONFESORIA.

II. CONDICTIONES POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: el ordenamiento no permite el enriquecimiento injusto, para ello recoge una serie de acciones tendentes a evitarlo como:

- **CONDICTIO IN DEBITI.** Se utiliza por quien, creyéndose erróneamente deudor, hizo un pago a otra persona que lo recibió de buena fe, para que ésta se lo devuelva.
- **CONDICTIO CAUSA DATA NON SECUTA.** Se ejercita por aquél que hubiese realizado una prestación a favor de otra persona en virtud de una causa lícita que se espera pero que no ha tenido lugar, por ejemplo, en los contratos innominados se ejercitará por aquél que haya adelantado el cumplimiento de su prestación de *dare* para conseguir la devolución de la cosa, pero también en otros casos como el caso de aquél que ha entregado una cantidad en dote y el matrimonio no llega a celebrarse.
- **CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM.** Se utiliza para conseguir la devolución de lo que se entregó por causa deshonrosa. Si la causa es también deshonrosa para el que recibió no procede la repetición. Se utiliza, igualmente esta acción, para recuperar lo que se dio con objeto de hacer cumplir una obligación, por ejemplo cuando alguien entregó dinero con objeto de que le devolviesen el objeto depositado.
- **CONDICTIO OB INIUSTAM CAUSAM.** Procede cuando se entrega una cosa sobre un fundamento que no tiene validez jurídica, como por ejemplo cuando un cónyuge entrega dinero al otro en concepto de donación.
- **CONDICTIO SINE CAUSA.** Con esta acción se hace efectiva la obligación de devolver en algunos casos de enriquecimiento injustificado que no están

dentro de las figuras anteriormente mencionadas.

III. EXCEPCIONES: la excepción se puede definir como medio jurídico-procesal a favor del demandado que no consiste en negar la pretensión del demandante, sino que alega ciertas circunstancias de hecho o de derecho que limitan o paralizan la eficacia de la acción. Las excepciones pueden ser de origen civil o pretorio.

- EXCEPTIO DOLI. Excepción de dolo, a favor del que se ve demandado para que cumpliera lo prometido en un negocio viciado por dolo (que se define como la voluntad o intención consciente para determinar a una persona a realizar un negocio que, sin tal engaño, no hubiese realizado).

- EXCEPTIO IUSTI DOMINII. Alegación, de hecho o de derecho, que permite al verdadero propietario civil, cuando es demandado por el propietario bonitario, rechazar la acción ejercitada por éste. Esta excepción no tiene valor frente a quien recibió de él la cosa mancipable sin las formalidades requeridas (*mancipatio* o *in iure cessio*).

- EXCEPTIO QUOD METUS CAUSA. Alegación de hecho o de derecho a favor del demandado para rechazar la acción del demandante cuando se exige el cumplimiento de un negocio viciado por *metus* (amenaza de un mal injusto, inmediato y grave).

- EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE. Alegación a favor del demandado que se concedió a partir del siglo III d.C frente a la acción derivada de la estipulación que constase por escrito y cuya razón justificativa (causa) fuese un préstamo o mutuo, cuando éste no se hubiese hecho efectivo. Tenía el efecto de invertir la carga de la prueba que, en este caso, corresponde al actor que debe probar que se entregó la cantidad en préstamo.

- EXCEPTIO PACTI CONVENTI. Excepción de pacto convenido. Se concede el demandado frente al actor que pide el cumplimiento de una obligación sobre la que se ha pactado que no sea exigible (condonación, remisión o perdón de deuda) o que no se pida su cumplimiento en cierto plazo o en determinadas circunstancias.

- EXCEPTIO REI IUDICATAE VEL IN IUDICIUM DEDUCTAE. Excepción de cosa juzgada o deducida en juicio, que tiene por objeto impedir que se inicie un segundo proceso sobre cosa ya juzgada o deducida en juicio.

- EXCEPTIO REI VENDITAE ET TRADITAE. Esta excepción comenzó a darla el pretor a favor del comprador de una cosa frente al vendedor y propietario civil de la cosa, cuando no se había producido la transmisión de la propiedad del objeto vendido por los modos establecidos por el ordenamiento (*mancipatio* o *in iure cessio* para las *res mancipi* o *in iure cessio* o tradición para las cosas *nec mancipi*). En este caso, el vendedor seguía siendo el legítimo propietario y por tanto podía ejercitar la acción reivindicatoria frente al comprador. Este supuesto fue el amparado por el pretor en su edicto por no ser justo ni de equidad.

- EXCEPTIO SENATUSCONSULTI MACEDONIANI. Excepción del Senadoconsulto Macedoniano se llama así porque se dictó a través de un senadoconsulto denominado Macedoniano. En él se ordenaba a los magistrados jurisdiccionales que no reconociesen eficacia a los préstamos concedidos a los *filiifamilias*. Los pretores otorgaron al padre de familia o al hijo, cuando llegase a la mayoría de edad, la excepción del SC Macedoniano, que hacía nulo *ope exceptionis* (anulabilidad) el préstamo.

- EXCEPTIO VITIOSAE POSSESSIONIS. Excepción de posesión viciosa. La posesión con violencia, clandestinamente o por precario no favorece al poseedor que pretende la tutela interdictal frente a su adversario, ya que éste podía oponer la excepción de posesión viciosa.

IV. REMEDIOS PRETORIOS EXTRA PROCESALES: No se sustentan sobre el poder jurisdiccional del pretor sino sobre su *imperium*. Todos estos remedios extraprocesales tienen que ser pedidos (*postulatio*) por el interesado, puesto que el magistrado no los aplica de oficio. Todos ellos conllevan un conocimiento sumario de la causa (*cognitio*) por el pretor que conoce de la cuestión desde el comienzo hasta la solución. Todos estos remedios sólo dan una solución temporal o provisional al asunto controvertido a la espera de que se produzca el juicio que será el que solucione el litigio de modo definitivo a través de la sentencia.

A.- INTERDICTOS: Son órdenes del pretor mandando o prohibiendo hacer algo. Pueden estar dirigidas a prohibir ciertos actos o hechos de carácter violento, a ordenar la realización de algún acto, como la exhibición de un documento, o a la restitución de una cosa sustraída por un acto de violencia. El actor debe solicitar del pretor el interdicto mediante una *postulatio interdicti*. Éste realiza después un breve examen de los hechos y si lo estima, emite un decreto que contiene la orden prohibiendo o autorizando la actuación solicitada. Si el demandado o demandados no acatan la orden del pretor, podría abrirse el procedimiento *ex interdicto* para llevar a cabo su ejecución que consistía en un procedimiento judicial complicado y lento. Los interdictos no dan solución definitiva a la controversia, únicamente temporal o provisional a la espera de que se celebre el litigio que resuelva definitivamente la cuestión a través de sentencia.

- INTERDICTUM DE ARBORIBUS CAEDENDIS. Interdicto por el cual se vedaba toda oposición al corte de las ramas del árbol vecino que avanzase sobre el fundo propio a una altura menor de 15 pies o la tala total del árbol, si se proyectaba sobre el edificio.

- INTERDICTUM DE GLANDE LEGENDA (Interdicto para recoger la bellota): Protegía la facultad de pasar cada tres días al fundo ajeno para recoger los frutos caídos desde árboles propios.

- INTERDICTUM DE LOCO PUBLICO FRUENDO (interdicto de aprovechamiento de suelo público) Interdicto que se concede al concesionario (arrendatario) de un lugar público frente a las perturbaciones o molestias que pudieran impedirle su pacífico disfrute.

- INTERDICTUM DE PRECARIO (interdicto de precario) Interdicto recuperatorio que se concede a quien cedió a otro una cosa a título de precario contra el precarista. El fin del ejercicio de este interdicto es obtener la restitución de la cosa entregada en precario cuando el precarista se opone a entregarla a su propietario.

- INTERDICTUM DE SUPERFICIEBUS. Interdicto concedido al superficiario para resolver las controversias surgidas entre los que pretendían tener derecho de superficie, el pretor lo concede primero a los que edifican en suelo público, después también a los que lo hacen en suelo privado.

- INTERDICTUM DEMOLITORIUM. Interdicto concedido al denunciante de obra nueva que se siente perjudicado en su derecho, por el que se le autoriza a destruir la obra denunciada en el caso de que no haya sido suspendida su

ejecución, siempre y cuando el denunciante tenga derecho a oponerse.

- INTERDICTUM DE ITINERE ACTUQUE PRIVADO. Interdicto prohibitorio otorgado con la finalidad de proteger al titular de una servidumbre predial rústica de *actus, via o iter* a condición de que la haya ejercitado un mínimo de treinta días naturales.

- INTERDICTUM QUAM HEREDITATEM. Se utiliza por el heredero para obtener la posesión de los bienes hereditarios cuando ejercitada la acción principal, la *hereditatis petitio*, el demandado no quiere defenderse.

- INTERDICTUM QUAM SERVITUTEM. Interdicto concedido a favor del titular de una servidumbre por el que se impone al propietario del fundo sirviente una determinada actitud, como puede ser no denunciar la obra nueva o no oponerse violentamente a su edificación, previa la oportuna caución.

- INTERDICTUM QUEM FUNDUM. Interdicto para pedir la posesión de un inmueble. A favor del propietario del mismo frente al poseedor para el caso en que éste no quiera aceptar el juicio petitorio o cuando dejó dolosamente de poseer.

- INTERDICTUM QUEM USUFRUCTUM. Interdicto que se concede al demandado en un litigio sobre el derecho de usufructo cuando se ofrece la *satisdatio* exigida.

- INTERDICTUM QUOD LEGATORUM. Interdicto que se concede contra quien entra en posesión de bienes hereditarios a título de legado sin el consentimiento del heredero, con el objeto de que devuelva a ésta la posesión de dichos bienes.

- INTERDICTUM QUOD VI AUT CLAM. (Interdicto de lo que se hace con violencia o clandestinidad) Interdicto por el que se obtenía la demolición de lo que hubiese hecho con violencia o clandestinidad. Tiene un campo de aplicación análogo al de denuncia de obra nueva.

- INTERDICTUM QUORUM BONORUM. Se concede por el pretor a favor del *bonorum possessor* (heredero pretorio) para reclamar los bienes de la herencia a quien los posee como heredero civil o como poseedor sin causa.

- INTERDICTUM SALVIANUM. Interdicto que ejercita el propietario arrendador contra el arrendatario de un fundo para ocupar las cosas pignoras (originariamente los *invecta et illata*, los aperos de labranza introducidos en la finca arrendada como garantía del pago del alquiler) en caso de falta de pago de la renta pactada.

- INTERDICTUM UNDE VI. (Interdicto de violencia) interdicto de recuperar la posesión a favor del aquel que hubiera sido despojado de su posesión por cualquier forma de violencia y siempre que estuviera poseyendo *nec vi nec clam nec precario* respecto del adversario. Tenía un plazo de ejercicio de un año y se obtenía la reintegración en la posesión y la indemnización de los perjuicios.

- INTERDICTUM DE VI ARMATA. Se daba en los casos en los que la desposesión hubiese sido ejecutada por un grupo de hombres armados. No tenía límite del año y prosperaba aunque el desposeído estuviese poseyendo *vi, clam o precario*.

- INTERDICTUM UTI POSSIDETIS. (Interdicto como poseías) Es un interdicto de retener la posesión. Se utiliza cuando la cosa es inmueble y a través de é el pretor prohíbe toda perturbación o molestia dirigida contra quien en el momento de entablar el interdicto estaba poseyendo el fundo con posesión justa o no viciosa, es decir, *nec vi, nec clam nec precario*

- INTERDICTUM UTRUBI. Interdicto de retener la posesión para cuando la cosa es mueble. Se otorga a favor de quien hubiera estado poseyendo la cosa durante el año anterior por más tiempo *nec vi,, nec clam, nec precario* frente al adversario.

- OPERIS NOVI NUNCIATIO. (Denuncia al pretor de obra nueva). A través de ella el propietario se dirige a quien realiza una obra que se estima lesiva a fin de que se abstenga de continuarla, si no lo hace el magistrado, una vez examinada la causa, concederá el interdicto demolitorio por el que se obtendrá la demolición de la obra.

B.- MISSIO IN POSSESSIONEM (puesta en posesión) Medio arbitrado por el pretor y la jurisprudencia por el cual el pretor autoriza la puesta en posesión de un bien (*missio in rem*) o conjunto de bienes (*missio in bona*). La puesta en posesión sobre todo el patrimonio del deudor se produce no sólo como modo de ejecución de sentencia, sino también en otros supuestos recogidos por el Edicto del Pretor, como por ejemplo, contra la ocultación maliciosa del que va a ser citado a juicio.

C.- RESTITUTIO IN INTEGRUM. La *restitutio in integrum*, o reintegración al estado jurídico anterior, consiste en una resolución del magistrado, en virtud de la cual declara la vuelta al estado jurídico anterior al momento en que se produjo un determinado hecho o acto jurídico. Las *restitutiones in integrum* deben ser pedidas por el interesado y para que el pretor las conceda es necesario que se produzca una injusticia por aplicación de una norma de derecho civil y que el petionario esté en alguno de los supuestos recogidos en el edicto: en atención a la edad, a favor de los menores del 25 años con curadores falsos y de los menores de catorce años contra los tutores o curadores de éstos. En atención a la ausencia *rei publicae causa*, y que por este motivo hubiesen sufrido perjuicio. Para el caso de que el negocio esté viciado por dolo o *metus*. Por fraude de acreedores.

D.- STIPULATIONES PRAETORIAE. Son contratos verbales que el pretor ordena realizar en su presencia a dos personas o partes interesadas. Estas pueden ser procesales o extraprocesales. El magistrado, previa *causae cognitio* o somero examen de la tipicidad del caso, de la legitimación del que solicitaba la estipulación y de su conveniencia, abrirá el expediente de la *stipulatio* mediante un decreto.